

**Projet de loi**

- 1) portant organisation du Service de Renseignement de l'État;**
- 2) modifiant**
  - la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'État,
  - la loi du 31 mai 2005 relative aux dispositions spécifiques de protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques,
  - le Code d'Instruction criminelle,
  - la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, et
  - la loi du 15 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité;
- 3) abrogeant**
  - la loi du 15 juin 2004 portant organisation du service de Renseignement de l'État.

**Proposition de loi**

**modifiant**

- 1. la loi modifiée du 15 juin 2004 portant organisation du Service de Renseignement de l'État ;**
- 2. l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 88-3 du Code d'instruction criminelle.**

-----

**Avis du Conseil d'État**

(19 décembre 2014)

Par dépêche du 3 avril 2014, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous objet, élaboré par ses soins.

Au texte du projet de loi proprement dit étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact ainsi qu'une fiche financière.

Le Conseil d'État ignore si la Chambre des fonctionnaires et employés publics a été consultée, consultation qui s'impose en vertu de l'article 43*bis* de la loi modifiée du 4 avril 1924 portant création de chambres professionnelles à base élective.

L'avis de la Chambre de commerce a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 21 octobre 2014.

Par dépêche du 24 octobre 2014 le Conseil d'État a encore été saisi de deux amendements gouvernementaux portant sur l'article 10, paragraphe 1<sup>er</sup> et sur l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup> du projet de loi soumis à son avis le 3 avril 2014.

Par ailleurs, le Conseil d'État avait été saisi par une autre dépêche du Premier ministre, ministre d'État, datée au 12 décembre 2013, d'une proposition de loi déposée en date du 10 juillet 2013 par les députés Alex Bodry, François Bausch, Ben Fayot, Gast Gibéryen, Lucien Lux, Claude Meisch, Paul-Henri Meyers, Serge Urbany et Lydie Polfer et déclarée recevable par la Chambre des députés le 5 décembre 2013 (doc. parl. n° 6589). Le 4 février 2014, le Premier ministre, ministre d'État, a informé le Conseil d'État de la décision de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de scinder en deux parties la proposition de loi en question. La première partie (doc. parl. n° 6589A) a entretemps été adoptée par la Chambre des députés et est devenue la loi du 10 mars 2014 modifiant l'article 14 de la loi modifiée du 15 juin 2004 portant organisation du Service de Renseignement de l'État<sup>1</sup>. La deuxième partie a été inscrite au rôle de la Chambre des députés sous le numéro 6589B, et le Conseil d'État en a été saisi par une dépêche du Premier ministre, ministre d'État, du 4 février 2014. Cette deuxième partie de la proposition de loi porte sur la modification de l'article 15 de la loi précitée du 15 juin 2004, sur l'insertion d'un nouvel article 15*bis* ainsi que sur la modification de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 88-3 du Code d'instruction criminelle. Aux termes d'une lettre que son président a adressée au Conseil d'État le 15 mars 2014, la Chambre des députés a décidé de maintenir la proposition de loi n° 6589B au rôle, tout en souhaitant que le Conseil d'État avise celle-ci « avant ou pour le moins ensemble avec le projet de loi » faisant par ailleurs l'objet du présent avis.

Le Conseil d'État se propose de tenir compte des éléments de la proposition de loi n° 6589B aux endroits pertinents de l'examen des articles du projet de loi.

### **Considérations générales**

La finalité du projet de loi sous examen consiste à remplacer le cadre légal créé par la loi modifiée du 15 juin 2004 portant organisation du Service de Renseignement de l'État en vue de faire disposer ce service, aux termes de l'exposé des motifs, « d'un cadre législatif clair doté des mécanismes et procédures de contrôle appropriés ».

Ni le Gouvernement ni d'ailleurs non plus la commission d'enquête parlementaire sur le Service de renseignement de l'État, dont la mise en place avait été décidée par la Chambre des députés le 4 décembre 2012, n'entendent apparemment remettre en cause l'utilité d'un service étatique chargé du renseignement. L'exposé des motifs ne fait d'ailleurs que reprendre de façon littérale la conclusion de la commission d'enquête à ce sujet qui a retenu dans son rapport du 5 juillet 2013<sup>2</sup> que « L'utilité d'un service de renseignement ne semble pas être mise en question alors que le

---

<sup>1</sup> Cf. Mém. A N°33 du 12 mars 2014

<sup>2</sup> Cf. Doc. parl. n° 6565, p.130

renseignement constitue une activité essentielle pour la protection et la sauvegarde des intérêts du Luxembourg, pays démocratique et de droit ».

Le Service de renseignement luxembourgeois doit ses origines à la guerre froide qui avait opposé pendant presque un demi-siècle les anciens alliés, vainqueurs de la Deuxième Guerre Mondiale. Dans ce contexte, ses devoirs d'allégeance à l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) avaient conduit le Luxembourg à créer un tel service par la loi du 30 juillet 1960 concernant la protection des secrets intéressant la sécurité extérieure de l'État.<sup>3</sup>

Au début du siècle actuel, le contexte géopolitique avait changé, et les relations entre les États-Unis d'Amérique et ses alliés occidentaux, d'une part, et la Fédération de Russie ayant succédé à l'ex-Union soviétique, d'autre part, s'étaient détendues. Toutefois, le spectre du terrorisme international hantait le monde, notamment depuis les attentats du 11 septembre 2001 perpétrés aux États-Unis, et alimentait le souhait politique d'impliquer le Service de renseignement dans la lutte préventive contre des actes terroristes susceptibles d'intervenir sur le territoire national.

Aussi le Gouvernement avait-il pris l'initiative d'une réorganisation du Service de renseignement et d'un renforcement de ses ressources, surtout humaines, qui ont été coulés dans la loi précitée du 15 juin 2004<sup>4</sup>, modifiée itérativement depuis lors en vue notamment d'adapter aux besoins la composition de l'effectif du service, la dernière modification en date étant celle du 10 mars 2014.

La réforme de 2004 avait pour objet de mettre sur pied :

- une modernisation des missions du service et l'adaptation de celles-ci à l'évolution des menaces,
- une meilleure définition, et cela directement dans la loi, des moyens dont était censé disposer le service - personnel, accès aux informations -,
- l'explication dans la loi de certains modes opératoires du service sans pour autant nuire au caractère secret de ses missions,
- l'instauration d'un contrôle parlementaire sur les activités du service qui venait compléter les multiples contrôles qui existaient déjà auparavant<sup>5</sup>.

Suite aux révélations par la presse de l'enregistrement clandestin par le directeur du Service de renseignement (désigné couramment à l'époque par le sigle « SREL »), d'un entretien qu'il avait eu avec le Premier ministre et lors duquel il avait notamment révélé l'existence dans les archives du service de quelque 300.000 dossiers individuels résultant de l'espionnage politique effectué au temps de la guerre froide<sup>6</sup>, la Chambre des députés décida l'instauration d'une commission d'enquête avec pour mission « d'examiner les méthodes opératives du Service de renseignement depuis sa création, d'en vérifier la légalité au vu de la législation en vigueur au moment où ses méthodes ont été appliquées, de faire rapport à la Chambre

---

<sup>3</sup> Cf. Mém. A N° 49 du 6 août 1960

<sup>4</sup> Cf. Mém. A N° 113 du 12 juillet 2004

<sup>5</sup> Cf. Avis du Conseil d'État du 16 mars 2004 (doc. parl. n° 5133<sup>4</sup>)

<sup>6</sup> Cf. Rapport de la commission d'enquête sur le Service de Renseignement de l'État (doc. parl. N°6565, p.7 – passage citant l'hebdomadaire *Letzebuurger Land* - : « M. Marco Mille y révèle l'existence de 300.000 dossiers individuels dans les caves du SREL qui seraient le résultat d'un espionnage politique effectué au temps de la Guerre Froide »)

des Députés et d'en tirer les conséquences conformément à l'alinéa 2 de l'article 189 du Règlement de la Chambre des Députés<sup>7</sup> et ce dans les meilleurs délais ». Le 31 janvier 2013, la Chambre étendit la mission initiale de la commission d'enquête « en l'élargissant aux missions, à l'organisation et au mode de fonctionnement du Service de renseignement ». Les conclusions et recommandations de la commission d'enquête figurent dans son rapport précité du 5 juillet 2013.

Dans ce rapport la commission d'enquête s'est interrogée sur la raison d'être d'un service de renseignement, et elle a conclu que, si à ses yeux « l'utilité d'un service de renseignement ne semble pas être mise en question ... Toute la difficulté réside dans l'articulation de la légalité du renseignement et par extension de l'action du renseignement. » Dans cette logique et tout en se référant à la recommandation n° 1713 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe concernant le contrôle démocratique du secteur de la sécurité dans les États membres du 23 juin 2005, la commission d'enquête a émis les recommandations suivantes :

- « - le fonctionnement d'un service de renseignement doit reposer sur une législation claire et adéquate, surveillé par le pouvoir judiciaire,
- le contrôle des « mandats » du service de renseignement et de son budget est une condition minimale et à effectuer par une commission parlementaire spécialisée,
- il importe que la législation établisse une distinction entre les services de sécurité et le service de renseignement, d'une part, et les forces de l'ordre, d'autre part,
- le service de renseignement ne doit en aucun cas être politisé afin qu'il puisse faire rapport aux responsables politiques avec objectivité, impartialité et professionnalisme,
- l'équilibre délicat entre la confidentialité et l'obligation de rendre des comptes peut être, dans une certaine mesure, maîtrisé par le principe de transparence retardée, c'est-à-dire par une déclassification du matériel confidentiel au bout d'une durée fixée par le législateur, et
- le Parlement doit être informé de manière périodique des changements qui peuvent intervenir dans la politique générale du renseignement. »

Dans les conclusions de son rapport précité, la commission d'enquête s'est en outre prononcée pour une réforme de la loi précitée du 15 juin 2004 avec pour finalités principales de revoir le champ d'intervention du SREL, de veiller à la protection des libertés fondamentales lorsqu'il y a intrusion dans la sphère privée, et de fixer dans la loi formelle le principe des moyens opérationnels du service en reléguant les modalités afférentes à un « cadre légal approprié (par voie d'arrêté ministériel, respectivement par voie d'une instruction de service) ».

---

<sup>7</sup> Règlement de la Chambre des députés (texte coordonné à jour au 14 mars 2012 – Mém. A N°50 du 22 mars 2012), art. 189 : « Les procès-verbaux constatant des indices ou des indices d'infraction seront transmis au Procureur d'État territorialement compétent pour y être donné telle suite que de droit.

La commission d'enquête présente un rapport public sur ses travaux. Elle y acte ses conclusions et formule, le cas échéant, ses observations quant aux responsabilités que l'enquête révèle et ses propositions sur une modification de la législation. ». Dans la version coordonnée du 15 mars 2014 l'article 189 est devenu l'article 188.

Quant au contrôle auquel le Service de renseignement doit être soumis, « il est impératif de disposer tant d'un contrôle interne que d'un contrôle dit parlementaire ». Concernant le contrôle administratif, le rapport rappelle que la commission du contrôle parlementaire du SREL a proposé « à côté de la nécessité d'étoffer le contrôle administratif, de créer un organe de contrôle interne à l'image de l'Inspection Générale de la Police Grand-Ducale ». Concernant le contrôle parlementaire, la commission d'enquête préconise

- d'introduire l'obligation « d'un devoir d'information strict et préalable valant pour les responsables du service et pour le ministre de tutelle du SREL »,
- de créer un secrétariat permanent et à plein temps pour la commission de contrôle parlementaire du service,
- de prévoir la possibilité pour la commission de contrôle de recourir en cas de besoin à des experts tiers « habilités à effectuer en son nom des opérations de contrôle du SREL »,
- d'assurer la représentation de tous les groupes politiques et techniques de la Chambre des députés au sein de ladite commission de contrôle.

Le Conseil d'État note que par le biais de la loi du 10 mars 2014 modifiant l'article 14 de la loi modifiée du 15 juin 2004 portant organisation du Service de renseignement de l'État et de l'adaptation concomitante du règlement de la Chambre des députés (et notamment de son annexe 1. Règlement d'ordre intérieur de la commission de contrôle parlementaire du service de renseignement de l'État)<sup>8</sup> qu'à l'exception de la première toutes les propositions en question ont été traduites dans les faits.

D'autres conclusions reprises dans le rapport du 5 juillet 2013 concernent entre autre l'élaboration de règles déontologiques pour les membres du SREL, l'énumération des activités de celui-ci dans le rapport d'activité du Ministère d'État, la « nécessité de normaliser le rôle et l'image du renseignement » et enfin « l'échange direct d'informations entre les services désignés de la Police Grand-Ducale et le service de Renseignement de l'État ».

Au niveau des recommandations, le rapport de la commission d'enquête retient en plus les propositions suivantes :

- confier aux Archives nationales l'ensemble des documents et informations figurant dans la banque de données constituée par le SREL avec le droit de toute personne concernée de pouvoir consulter lesdits documents conformément aux conditions légales applicables ;
- interdire explicitement tout renseignement à des fins politiques ;
- remettre au Trésor public les pièces d'or ayant constitué la réserve financière allouée au réseau *Stay behind*,
- organiser au début de chaque mandature parlementaire un débat de consultation sur le champ de travail du Service de renseignement ;
- procéder à une refonte du cadre légal des « écoutes » prévu plus particulièrement aux articles 88-3 et 88-4 du Code d'instruction criminelle « tant d'un point de vue de l'évolution technologique et d'usage des moyens d'échanges téléphoniques et électroniques que d'un point de vue de l'acheminement procédural de la décision ministérielle autorisant ou refusant la mise en œuvre opérationnelle de la mesure »,

---

<sup>8</sup> Cf. Mém. A N° 11 du 27 juin 2014 (modifications du texte coordonné à jour au 31 juillet 2013 ; Mém. A N° 172 du 20 septembre 2013)

- tout en maintenant la composition de la commission prévue audit article 88-3 et tout en examinant s'il n'y aurait pas lieu de conférer à cette commission le statut légal d'une autorité judiciaire spécifique ;
- revoir les articles 113 à 123<sup>octiè</sup>s du Code pénal « à la lumière de l'état des menaces actuelles susceptibles de peser sur la sûreté de l'État luxembourgeois » ;
  - créer un cadre légal spécifique pour le domaine de l'intelligence économique dans lequel évoluent nombre de sociétés spécialisées dans l'exploration légale d'informations portant sur des sociétés et entreprises qui pourrait, selon la commission d'enquête, s'inspirer de la loi du 12 novembre 2002 relative aux activités privées de gardiennage et de surveillance<sup>9</sup> ;
  - interdire purement et simplement les activités relevant du conseil militaire et de la sécurité « communément appelée société privée et militaire » ;
  - s'interroger sur un déploiement plus poussé d'une « politique publique d'intelligence économique » qui pourrait reposer sur la collaboration entre les services spécialisés du Ministère de l'Économie (cellule « Recherche et analyse, missions économiques ») et le SREL, à condition d'élargir les missions légales du SREL pour lui permettre de devenir actif dans ce domaine et de régler par la voie de la loi la coopération en la matière entre le Ministère de l'Economie et le SREL ;
  - revoir le système de contrôle à l'exportation (licences) « [en se dotant] d'une législation interdisant tant la prolifération que le financement de la prolifération [des systèmes d'armements non conventionnels et des technologies y afférentes] et prévoyant des sanctions pénales » et « [en s'assurant] que les procédures administratives de l'Office des Licences et celles de l'Administration des Douanes soient ajustées », en vue de « mettre en place un système de contrôle à l'exportation moderne »<sup>10</sup>.

Le cadre du présent avis ne se prête certainement pas à une analyse globale et systématique du suivi réservé ou à réserver à l'ensemble des conclusions et recommandations du rapport précité du 5 juillet 2013 et s'écarterait de l'objet du projet de loi et de la proposition de loi sous examen. Aussi le Conseil d'État limiterait-il son examen aux points parmi ces conclusions et recommandations qui, à ses yeux, devraient se répercuter dans un texte de loi ayant pour but « la mise en place d'un service de renseignement national mieux régulé et disposant d'un cadre législatif clair, doté de mécanismes et procédures de contrôle appropriés »<sup>11</sup>.

D'emblée, il se doit cependant de constater que dans le projet de loi sous avis il n'a été tenu compte que très partiellement des modifications législatives parallèlement suggérées par la commission d'enquête.

Il appartiendra évidemment à la Chambre des députés elle-même de décider à quel échéancier les autres modifications législatives suggérées dans le rapport de la commission d'enquête auront intérêt à être adoptées. Or, en l'absence de la mise à jour de la législation sur les points évoqués dans le rapport, il faut craindre que la réorganisation du seul cadre organisationnel du Service de renseignement ne risque d'inciter ce dernier à étendre ses activités exercées sur un arrière-fond de secret à de nouveaux

---

<sup>9</sup> Cf. Mém. A N°131 du 6 décembre 2002

<sup>10</sup> Cf doc. parl. n° 6565 précité, p.106.

<sup>11</sup> Cf. exposé des motifs, alinéa introductif (*doc. parl. n°6675*, p. 17)

champs de compétence identifiés dans la loi en perspective, sans que le cadre normatif des matières visées soit tracé avec la précision nécessaire.

Sans entendre faire siennes les propositions de la commission parlementaire et tout en faisant abstraction d'autres modifications éventuelles qui relèveraient du Règlement de la Chambre des députés ou des relations politiques que la Chambre des députés entretient avec le Gouvernement, le Conseil d'État constate que le projet de loi n'aborde pas un certain nombre de textes normatifs relevant du tissu légal au sein duquel la commission d'enquête a identifié des besoins de modification:

- Le projet de loi ne règle pas la question de la déclassification du matériel confidentiel rassemblé par le Service de renseignement qui requerra une modification de la loi du 15 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité allant au-delà de ce qui est prévu à l'article 35 du projet de loi.
- Le projet de loi et les documents joints sont également muets sur l'opportunité d'une éventuelle refonte des articles 113 à 123<sup>octies</sup> du Code pénal.
- L'intérêt, voire les modalités, d'une modification du cadre légal des exportations de produits sensibles n'ont pas non plus été abordés.
- Il n'est nulle part dans le dossier question d'un code déontologique pour les agents du Service de renseignement.

Le Conseil d'État note que depuis le 16 juillet 2014 il se trouve par contre saisi du projet de loi relative au – contrôle de l'exportation, du transfert, du transit et de l'importation des biens de nature strictement civile, des produits liés à la défense et des biens à double usage (...) qui est censé fournir un cadre légal pour l'intelligence économique, assurée par des entreprises spécialisées du secteur privé, et qui a été déposé à la Chambre des députés le 30 juillet 2014 (doc. parl. n°6708).

Avant de procéder à l'examen du projet de loi sous avis, il n'est en outre pas sans intérêt de rappeler que l'application pratique des innovations apportées à la gestion du renseignement par la loi précitée du 15 juin 2004 est restée loin derrière les attentes évoquées dans le dossier parlementaire afférent, même si le cadre légal nouvellement mis en place à l'époque a permis de mieux cadrer, du moins quant aux exigences légales, le champ d'intervention du Service de renseignement et d'instituer à côté du contrôle administratif du service un contrôle parlementaire à l'instar des recommandations du Conseil de l'Europe et des formules en place dans nombre d'autres pays démocratiques. Il reste néanmoins que les dérives mises au pilori dans le rapport susmentionné du 5 juillet 2013 montrent que le Service de renseignement fonctionnait pour partie et pendant de nombreuses années en-dehors de la légalité, en appliquant ses propres règles sans se soucier des exigences légales en vigueur, en parodiant son devoir d'information vis-à-vis des organes que la loi avait chargés de surveiller son action, en déviant à des fins privées les structures et les moyens dont il disposait pour assumer ses missions légales.

La grave crise de confiance qui en est née pour le *modus operandi*, voire la raison d'être du Service, en particulier, et pour le fonctionnement des institutions étatiques en général, montre que la réforme du Service de renseignement de 2004 a pour une bonne partie échoué sur le terrain, et qu'une nouvelle révision du champ d'intervention du service, de son mode

de fonctionnement et des structures appelées à le contrôler s'impose avec force. Toutefois, la nouvelle initiative législative ne fera de sens qu'à condition de permettre de surpasser les tares notées au niveau de l'application de la législation de 2004 et d'arriver à assurer une application effective des nouvelles règles légales en vue de garantir qu'en pratique l'encadrement du service soit tel que les écarts recensés par la commission d'enquête ne se reproduisent plus.

Suite aux constatations et analyses de la commission d'enquête on aurait dès lors pu s'attendre à ce que la réflexion menée conduise à tirer les conséquences législatives appropriées de l'analyse de la commission sur les conditions qui ont conduit aux dysfonctionnements du service ;

- sur les faiblesses de l'organisation hiérarchique interne qui ont permis des initiatives individuelles sans encadrement ou contrôle des finalités poursuivies ou des moyens employés ;
- sur les défaillances du contrôle sur le plan administratif et parlementaire qui ont été accentuées par l'omission régulière de certains agents du service, voire de leur hiérarchie de fournir les informations à la communication desquelles ils sont tenus selon les règles légales en place ;
- sur l'imprécision des missions confiées au service, source d'initiatives malsaines qui ont de la façon pu être prises par certains de ses agents.

À la lecture de l'exposé des motifs et du commentaire des articles joints au projet de loi sous examen, le Conseil d'État n'arrive pas à se départir de l'impression que, plutôt que de tirer les leçons des dysfonctionnements relatés dans le rapport d'enquête de la Chambre des députés, le projet de loi ait surtout pour objectif de créer un nouveau cadre légal permettant de poursuivre les errements du passé sans plus devoir craindre à l'avenir de dépasser ce qui est légalement autorisé.

Aussi se demande-t-il si la réflexion menée n'aurait pas dû approfondir l'analyse de la raison d'être du Service de renseignement, de l'existence éventuelle d'alternatives organiques pour remplir les missions qu'il assume (pour autant que requis par les engagements internationaux du Grand-Duché de Luxembourg) ainsi que du bien-fondé, voire de l'intérêt de maintenir l'ensemble des missions concernées entre les mains d'un service qui se trouve prioritairement sinon exclusivement chargé du renseignement en vue de répondre aux obligations internationales du pays et fonctionnant comme entité administrative à part. Dans cet ordre d'idées, le Conseil d'État déplore que le dossier relatif au projet de loi sous examen ne fournisse pas le moindre détail sur les dispositions juridiquement contraignantes qui obligent l'État luxembourgeois à l'échange d'informations avec des services chargés du renseignement dans les nations alliées.

Par ailleurs, le Conseil d'État craint que la multiplication des compétences de contrôle ne conduise pas forcément au renforcement de la surveillance, mais qu'une compétence de plus en plus partagée en la matière ne renferme le risque d'une dilution des devoirs de contrôle, chaque organe de contrôle ayant tendance à se fier au travail de surveillance censé être assuré par l'autre. La désignation d'un fonctionnaire chargé d'assurer la gestion au quotidien des missions de contrôle relevant des prérogatives collectives du groupe de ministres appelés, du vœu des auteurs du projet de loi, à remplacer dans cette tâche le Premier ministre, ne risque-t-elle pas de



faire écran devant la responsabilité ministérielle dans le cas d'un éventuel contrôle défaillant dont il sera possible de faire endosser la responsabilité au seul fonctionnaire délégué ? La surveillance à confier au pouvoir judiciaire conformément aux propositions de la commission d'enquête reste pour sa part confinée au champ résultant des articles 88-3 et 88-4 actuels du Code d'instruction criminelle.

Si le Service de renseignement a de manière itérative omis délibérément de rendre compte de certaines de ses activités au Premier ministre, sera-t-il davantage enclin à remplir ces obligations vis-à-vis d'un fonctionnaire ? Est-il défendable qu'aux termes de la loi en projet le Service de renseignement de l'État (« SRE ») puisse recourir à des moyens similaires à ceux réservés par le Code d'instruction criminelle à la police judiciaire dans les domaines de la surveillance par des mesures spéciales de l'article 88-1 et de l'infiltration, sans que ses activités soient sujettes au même encadrement par des autorités tierces, en l'occurrence les autorités judiciaires, alors même que l'intervention dans l'intimité de la sphère privée apparaît comme au moins aussi incisive que celle résultant des « écoutes téléphoniques » pour lesquelles les articles 88-3 et 88-4 du même code prévoient un cadre légal bien précis ? En tout état de cause, les liens hiérarchiques qui valent pour tout corps administratif vis-à-vis de l'autorité de tutelle assumée par un membre du Gouvernement continueraient également à s'appliquer de plein droit dans une telle hypothèse.

Le Conseil d'État note par ailleurs que l'effectif du Service de renseignement compte à l'heure actuelle 60 agents, et que, dans le cadre de la réforme législative en cours, il est projeté de porter cet effectif à 65 unités (cf. art. 17, page 3 du projet de loi fiche financière jointe au projet de loi soumis au Conseil d'État). Tout en concédant que ce renforcement de l'effectif relève en fin de compte du domaine des questions d'opportunité à trancher par la Chambre des députés, il s'interroge pourtant sur la nécessité des engagements supplémentaires, alors qu'il ne résulte nulle part du dossier sous examen quelle est l'utilisation actuelle des ressources humaines en place et quelles seraient d'éventuelles raisons justifiant le renforcement prévu.

Il est de surcroît difficile au Conseil d'État de comprendre la raison d'être de l'allocation d'une prime de risque (de 20 points indiciaires), d'une prime mensuelle d'astreinte (22 points indiciaires) et d'une indemnité spéciale (« jusqu'à » 90 points indiciaires) allouées à l'ensemble des 65 futurs agents du service, sans justification particulière des risques ou des astreintes effectivement supportés par les agents concernés et sans justification de l'indemnité spéciale « destinée à compenser les charges, sujétions et prestations particulières (non autrement) précisées inhérentes aux activités du SREL ». En fin de compte, chaque agent du service verrait dans ces conditions sa rémunération mensuelle être augmentée jusqu'à 2257,86 ou 2384,47 euros selon le caractère pensionnable ou non des primes et indemnités visées.

Dans le même ordre d'idées, la prime mensuelle qu'il est prévu d'allouer au fonctionnaire délégué au SREL n'est pas non plus motivée autrement. Pourquoi un fonctionnaire chargé de la surveillance d'un service administratif déterminé aurait-il droit à une telle prime, alors que d'autres

fonctionnaires assumant des tâches similaires auprès d'autres administrations ne sont pas gratifiées?

Qu'en est-il en la matière de l'application du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi ?

Pour le reste, le Conseil d'État ose croire que le relevé des cumuls repris dans la fiche financière est complet et qu'il n'existera plus d'autres indemnités réglées à charge des crédits budgétaires destinés au SREL ou payées à charge d'autres crédits pour des tâches en relation avec l'existence et le fonctionnement dudit service. Il rappelle d'ailleurs que ces indemnités et primes relèvent des matières que les articles 99 et 103 de la Constitution réservent à la loi formelle.

### **Examen des articles**

#### *Observations préliminaires*

Le projet de loi sous examen est divisé en 9 chapitres traitant successivement

- de l'institution et des missions du Service de renseignement de l'État,
- de la collecte et du traitement des informations,
- de la recherche des renseignements,
- du budget et des marchés pour biens et services du service,
- du personnel du service et de son recrutement,
- du contrôle disciplinaire interne,
- du contrôle parlementaire,
- des dispositions pénales,
- des dispositions modificatives, abrogatoires, transitoires et finales.

Dans la mesure où la distinction entre le contrôle hiérarchique et le contrôle parlementaire revêt un intérêt tout particulier tant dans la recommandation n° 1713 précitée de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe que dans les conclusions et recommandations de la commission d'enquête instituée le 4 décembre 2012 par la Chambre des députés, il est surprenant que cette distinction n'apparaisse pas dans la structure susmentionnée du projet de loi. En effet, le contrôle hiérarchique du service est traité avec la coordination, dans un même article, l'article 2, relevant du chapitre 1<sup>er</sup> du projet de loi. Le Conseil d'État demande de revoir ce point dans le sens indiqué en réservant un chapitre à part au contrôle administratif, chapitre qui pourra inclure, mais confinées à un article distinct, les dispositions relevant de la coordination.

Par ailleurs, il semblerait logique au Conseil d'État que le chapitre relatif à la recherche de renseignements précède celui sur la collecte et le traitement des informations.

Si les auteurs du projet de loi optent pour l'insertion du « de » ablatif dans les intitulés des chapitres, il faudra prévoir le même libellé à travers l'ensemble du texte de loi. De la sorte, il échet de corriger en conséquence les intitulés des chapitres 1<sup>er</sup>, 3, 8 et 9.

La dénomination du service administratif dont question s'écrit correctement « Service de renseignement de l'État ». Il convient de respecter cette rédaction à travers l'ensemble du projet de loi chaque fois qu'il n'est pas recouru à l'abréviation « SRE ».

### Intitulé

Dans la mesure où il ne s'agit pas de créer un nouveau service administratif, mais de changer uniquement la loi organique d'un service existant, le Conseil d'État propose d'écrire « réorganisation du Service de renseignement de l'État ».

Dans la dénomination « Code d'instruction criminelle », le mot « instruction » prend une lettre initiale minuscule, comme retenu correctement dans le document parlementaire n° 6675.

Le remplacement d'un acte dans son intégralité n'est pas mentionné dans l'intitulé de l'acte qui génère ce remplacement. Par voie de conséquence, il y a lieu de faire abstraction du point 3) de l'intitulé<sup>12</sup>. Par contre, et pour autant que le Conseil d'État sera suivi en la matière, il faudra compléter l'intitulé par la mention de la modification des lois dont question à l'article 14 (17 selon le Conseil d'État).

Le Conseil d'État recommande encore de prévoir parmi les dispositions finales un article à part permettant le recours à l'utilisation d'un intitulé abrégé, afin de ne pas devoir reprendre l'intégralité du libellé à chaque occasion où dans d'autres textes normatifs ou administratifs il sera fait référence à la loi en projet.

### Article 1<sup>er</sup>

L'alinéa 1<sup>er</sup> ne donne pas lieu à observation.

Les dispositions prévues à l'alinéa 2 ne font que rappeler des évidences. Il est évident que toute administration étatique travaille dans l'intérêt du pays et doit, dans le cadre des missions qui lui sont confiées, respecter l'ordre institutionnel et la Constitution, dont aussi les dispositions ayant trait aux droits et libertés fondamentaux. Ces évidences vont de soi, sans besoin de le répéter ni en particulier dans la loi organique du Service de renseignement ni en général dans aucune des lois-cadre réglant l'organisation des autres administrations de l'État. Dans l'intérêt d'une approche cohérente en la matière, le Conseil d'État demande la suppression de cet alinéa 2, surtout que les obligations qui lient le Service de renseignement devraient se dégager prioritairement, voire exclusivement, des règles déterminant le détail de ses missions et la façon d'exécuter celles-ci.

### Article 2

L'article sous examen, intitulé « Contrôle et coordination du SRE » constitue un mélange de dispositions concernant l'autorité ministérielle exercée sur le service, l'institution d'un comité ministériel, appelé à fixer

---

<sup>12</sup> Cf. Marc Besch, Traité de légistique formelle, sous (18)

l'orientation générale des activités du SRE ainsi que la désignation d'un « délégué au SRE ». Il omet pourtant d'évoquer plusieurs des contrôles auxquels le SRE est soumis, tels que les autorisations dont question à l'article 10 ou le contrôle dont question au chapitre 7. L'intitulé s'avère donc incorrect au double titre de ne pas englober l'ensemble des dispositions évoquées dans l'article et de viser le contrôle du SRE en général, alors que les dispositions de l'article n'en traitent qu'une partie.

Le Conseil d'État propose de réserver un article à part aux questions de l'autorité hiérarchique, qui exercera en particulier le pouvoir disciplinaire sur le service, et de régler dans un autre article à ajouter nouvellement les questions ayant trait au contrôle gouvernemental spécial qui est prévu au paragraphe 2.

Dans l'intérêt du respect formel des compétences résultant pour le Grand-Duc de l'article 76 de la Constitution, aux termes duquel le Chef de l'État organise le Gouvernement, aucun autre pouvoir, y compris le législateur, n'est autorisé à intervenir dans ce domaine. Aussi le Conseil d'État demande-t-il, sous peine d'opposition formelle, que l'autorité hiérarchique sur le SRE ne revienne pas à un membre déterminé, en l'occurrence le Premier ministre, mais soit attribuée au « membre du Gouvernement ayant le Renseignement de l'État dans ses attributions ». Dans la logique d'une définition fonctionnelle des attributions concernées, il se recommanderait d'aligner en conséquence l'arrêté grand-ducal du 24 juillet 2014 portant constitution des Ministères.

L'article 2 aurait dès lors la teneur suivant :

**« Art. 2. Organisation hiérarchique**

(1) Le SRE est placé sous l'autorité hiérarchique du membre du Gouvernement qui a dans ses attributions le Renseignement de l'État.

(2) Le directeur est responsable de la gestion de l'administration. Il est le chef hiérarchique.

Il est assisté d'un directeur adjoint auquel il peut déléguer certaines de ses attributions et qui le remplace en cas d'absence.

(3) Le SRE comprend la direction ainsi que différentes divisions dont les attributions sont déterminées par le directeur, sous réserve de l'approbation du membre du Gouvernement visé au paragraphe 1<sup>er</sup>.

Le directeur arrête les détails d'organisation et les modalités de fonctionnement du SRE. »

Article 3 (nouveau selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État comprend l'intérêt du double contrôle de la part du Gouvernement qui est censé comporter à la fois une connotation hiérarchique et un encadrement politique de l'activité de renseignement poursuivie, auquel le SRE est soumis du vœu des auteurs du projet de loi sous examen.

Comme indiqué dans le cadre de l'examen de l'article 2, le Conseil d'État propose d'en faire un article à part (intitulé « Contrôle hiérarchique »), subdivisé en deux paragraphes, dont le premier traitera de la façon dont le comité ministériel exercera ses compétences, et dont le second

réglera les questions du contrôle hiérarchique exercé selon les auteurs du projet de loi, pour le volet des activités courantes du SRE, par un fonctionnaire délégué à cette fin.

Quant à la composition et au mode de fonctionnement du comité ministériel, chargé de l'encadrement politique de l'activité du SRE, le texte projeté se heurte aux dispositions de l'article 76, alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution, selon lesquelles il appartient au Grand-Duc d'organiser le Gouvernement. Aussi le Conseil d'État s'oppose-t-il formellement aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 2 du projet de loi qui, par la création d'un comité ministériel dont elles déterminent par ailleurs l'organisation et le fonctionnement, interviennent dans une matière dont la Constitution a réservé la compétence au Grand-Duc. Il pourrait cependant s'accommoder d'une solution aux termes de laquelle la loi déterminerait un faisceau de règles sur la façon du pouvoir exécutif d'orienter, de délimiter et de contrôler l'activité du SRE et dont l'exécution reviendrait soit au Gouvernement dans son ensemble, soit à un ou plusieurs de ses membres. Dans cette optique, la substance de l'alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe 2 de l'article 2 du projet de loi pourrait être maintenue dans une forme tenant compte des considérations qui précèdent. Dans cette même optique, il y a par contre lieu de faire abstraction des autres alinéas du même paragraphe qui feront l'objet d'un arrêté grand-ducal réglant la composition et le fonctionnement de l'organe gouvernemental visé, pris sur base de l'article 76, alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution avec, le cas échéant, une modification concomitante de l'arrêté grand-ducal précité du 24 juillet 2014. Le Conseil d'État se demande encore s'il n'y aurait pas avantage de préciser que ledit organe se fait assister par un secrétariat et de clarifier la question si le directeur du SRE, qui peut assister à ses réunions, décide lui-même de sa présence ou si la faculté de l'associer aux travaux ne relève pas plutôt du choix du président ou des membres de l'organe en question.

L'énoncé des compétences à attribuer à cet organe s'avère plutôt laconique : émettre des directives sur l'orientation en général du SRE et en coordonner les activités. Le Conseil d'État donne à ce sujet l'avantage à une formulation plus détaillée de ces compétences qui pourrait s'orienter par exemple à la loi organique belge des services de renseignement et de sécurité du 30 novembre de 1998<sup>13</sup> où il est plus particulièrement aux articles 7 et 10 question, entre autres, de la détermination de la politique générale du renseignement et de la sécurité, de l'approbation de la liste des acteurs économiques et scientifiques liés à la défense que le service belge du Renseignement et de la Sécurité peut surveiller en cas de menace à l'intégrité territoriale, à la défense militaire ou au potentiel économique et scientifique, de la faculté de demander des enquêtes spécifiques au service. À remarquer que les dispositions légales précitées se trouvent spécifiées dans l'arrêté royal modifié du 21 juin 1996 portant création d'un comité ministériel du Renseignement et de la Sécurité<sup>14</sup> qui, à son article 3, énumère de façon détaillée les tâches à assumer par le comité ministériel belge, consistant à établir la politique générale du renseignement, à déterminer les priorités des deux services qui sont en Belgique chargés du renseignement, à définir la politique en matière de protection des informations sensibles, à coordonner la lutte contre le financement du terrorisme et de la prolifération des armes de destruction massive. N'y

<sup>13</sup> Cf. Moniteur belge du 18 décembre 1998

<sup>14</sup> Cf. Moniteur belge du 5 septembre 1996

aurait-il pas par ailleurs lieu de préciser le contenu minimal des rapports que le SRE aura à présenter à l'organe gouvernemental ainsi que la périodicité à respecter pour leur présentation ? En outre, ce dernier n'aurait-il pas son mot à dire en relation avec le budget mis à la disposition du SRE et de la politique du personnel pratiquée par le service ou encore en relation avec les plaintes dirigées contre le service ?

Le paragraphe 2 de l'article nouveau que le Conseil d'État propose d'insérer dans le projet de loi reprendrait l'institution du deuxième niveau du contrôle par le Gouvernement qui aura une connotation essentiellement administrative, à côté de l'orientation politique réservée au premier niveau.

Le Conseil d'État rappelle tout d'abord sa réticence à l'égard de la subdivision du contrôle hiérarchique, le niveau administratif risquant de faire écran en vue des défaillances révélées dans la surveillance du SRE et la responsabilité politique afférente à endosser par le ou les membres de l'organe gouvernemental.

Si le Gouvernement persistait cependant à maintenir le deuxième niveau du contrôle hiérarchique du SRE, le Conseil d'État se demande si le fonctionnaire unique délégué à ces fins ne serait pas avantageusement remplacé par une commission administrative de trois membres, désignés pour une période limitée et composée d'au moins un magistrat ainsi que de fonctionnaires expérimentés. Il renvoie à ce sujet à une autre loi belge, la loi modifiée du 18 juillet 1991 organique du contrôle des services de police et de renseignement et de l'organe de coordination pour l'analyse de la menace<sup>15</sup> qui, dans ses articles 28 et suivants, traite de l'institution du comité permanent de contrôle des services de renseignement et de sécurité (« Comité permanent R »), de sa composition, de ses missions et de son fonctionnement. À noter que la présence d'un magistrat dans une telle commission n'enlèvera pas à celle-ci son statut d'entité administrative. Par ailleurs, l'exercice de la mission de surveillance par un organe collectif protégera davantage les membres contre toute tentative du service d'influer de manière indue sur la façon dont l'organe entendra exercer sa mission et renforcera en même temps son autorité et son indépendance, préalables indispensables à une exécution appropriée de ses tâches.

### Article 3 (4 selon le Conseil d'État)

Cet article compte parmi les dispositions charnières du projet de loi, alors qu'il a pour objet de délimiter le périmètre des interventions autorisées du SRE dont il est censé déterminer les missions.

Contrairement à la situation présente dans nos pays voisins, le renseignement et la prévention de menaces pour les intérêts supérieurs du pays sont concentrés entre les mains d'une seule entité administrative, peu importe que la menace vise l'intégrité de son territoire, sa sécurité extérieure et les plans de défense militaire, son potentiel scientifique et économique ou sa sûreté intérieure. Or, toute concentration de pouvoirs entre les mains d'un seul individu ou organe collégial porte en elle le germe d'abus. Aussi est-il de l'essence même des règles de gouvernance modernes de subdiviser les compétences et de doter les organes chargés de ces compétences de

---

<sup>15</sup> Cf. Moniteur belge du 9 mars 1994

prérogatives de contrôle croisé. L'exiguïté du pays et le souci de ne pas gonfler excessivement l'appareil administratif s'opposent cependant à une répartition des tâches du renseignement sur plusieurs services différents.

Dans ces conditions, les questions d'une délimitation stricte des compétences du service unique et d'une organisation efficace des structures de contrôle de ce service s'imposent avec d'autant plus d'acuité.

La première interrogation que soulève l'article sous examen est dès lors de savoir de quel renseignement notre pays doit disposer, tant pour couvrir les besoins de sa sécurité et, le cas échéant, de ses intérêts économiques, que pour honorer ses engagements internationaux. En deuxième lieu, il faut se demander si le champ d'intervention du SRE tel qu'il se dégage de l'article sous examen sied aux besoins, qui auront été identifiés, ou si éventuellement les tâches qu'il est projeté de confier au SRE ne sont pas déjà à l'heure actuelle assumées par d'autres instances, voire pourraient avantageusement être confiées à d'autres instances.

À cet égard, toute activité de renseignement, qui est demandée aux autorités luxembourgeoises en vertu d'engagements internationaux, et qui a à ce titre été dévolue au SRE, ne donne *a priori* pas lieu à observation. Le Conseil d'État se permet cependant de rappeler à ce sujet son observation déjà formulée dans le cadre des considérations générales et visant l'indication précise des textes internationaux qui documentent l'engagement du Grand-Duché de Luxembourg de coopérer à l'échange d'informations avec d'autres États dans le domaine du renseignement.

Les autres éléments inventoriés au paragraphe 1<sup>er</sup> et spécifiés au paragraphe 2 de l'article 3 sous avis demandent par contre une analyse plus circonstanciée.

En comparant le libellé des missions évoquées au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article sous avis aux compétences retenues dans les législations de nos pays voisins, il appert que les textes consultés ont, tout comme l'article sous examen, recours à une description vague des missions que l'effort de définition ajouté par exemple à l'article 11 de la loi organique belge des services de renseignement et de sécurité du 30 mai 1998<sup>16</sup> n'arrive pas à corriger.

La même approche est sous-jacente à la loi allemande modifiée du 20 décembre 1990 (« *Bundesverfassungsschutzgesetz* »)<sup>17</sup> où les compétences des services de l'État fédéral et de ceux des « *Länder* » sont déterminées à l'article 3 (*Paragraf 3*) sous (1) et (2) et définies plus en détail à l'article 4 (*Paragraf 4*) sous (1) et (2).

Par contre, et nonobstant son article 1<sup>er</sup> qui en cerne l'objet, la loi fédérale suisse du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure<sup>18</sup> a l'avantage par rapport aux textes allemand et belge

<sup>16</sup> Moniteur belge du 18 décembre 1998

<sup>17</sup> Cf. *Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG) vom 20. Dezember 1990 (Bundesgesetzblatt I s. 2954, 2970)*, das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 20. Juni 2013 (BGBl. I S. 1602) geändert worden ist.

<sup>18</sup> Cf. AS 1998 1546 : Loi fédérale du 21 mars 1997 visant au maintien de la sûreté intérieure du 21 mars 1997 (LMSI) (Version du 16 juillet 2012): « Art. 2 Tâches

susmentionnés de circonscrire à son article 2 avec une plus grande précision le champ d'intervention des services du renseignement. Il échet en outre d'attirer l'attention sur le paragraphe 3 de l'article 5 de la même loi, qui interdit toute activité aux services fédéraux de renseignement qui relève de la compétence d'autres organes institutionnels<sup>19</sup>.

De l'avis du Conseil d'État, il convient de reprendre sur le métier les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 3 du projet de loi avec l'objectif de cerner davantage les missions du SRE par analogie aux dispositions afférentes de la loi suisse précitée du 21 mars 1997, mais en renonçant à tout transfert au profit du SRE de compétences légales, actuellement attribuées à d'autres organes étatiques. Le Conseil d'État craint en effet qu'un libellé tel que proposé pour l'article 3 ne comporte une marge d'interprétation bien trop grande qui, utilisée dans un esprit différent de la volonté du législateur, risque de mener à des excès et détournements de pouvoirs analogues à ceux mis à jour dans le cadre de l'enquête parlementaire sur les dysfonctionnements du SREL.

Par ailleurs, les références solennelles à la « pérennité de l'ordre démocratique et constitutionnel du Grand-Duché de Luxembourg » ont de quoi surprendre, lorsque la protection de ces valeurs est censée être confiée à un service qui dans le passé a failli, par son manque de scrupules face aux règles de l'ordre juridique national, devenir lui-même une menace pour l'ordre institutionnel et l'État de droit. Le Conseil d'État demande de faire abstraction des références en question, d'abord, parce que, sans que les lois organiques afférentes le disent, ces références valent pour l'ensemble des institutions et administrations publiques luxembourgeoises, et ensuite, parce que, selon l'interprétation qui y est donnée en pratique, elles risquent de permettre d'attenter aux droits et libertés fondamentaux, dont par exemple la liberté d'expression, dans l'hypothèse d'une critique formulée publiquement à l'encontre de l'existence et du fonctionnement d'une institution prévue par la Constitution, ou la liberté d'exercice des cultes religieux, faute de pouvoir cerner ce qu'il faut entendre par « organisation sectaire nuisible ». S'y ajoute que les missions inventoriées ne permettent pas une démarcation appropriée par rapport aux compétences que la loi a confiées à la Police (par exemple les activités ayant un rapport avec le crime organisé ou mettant en

---

1 La Confédération prend des mesures préventives au sens de la présente loi pour détecter précocement et combattre les dangers liés au terrorisme, au service de renseignements prohibé, à l'extrémisme violent et à la violence lors de manifestations sportives.<sup>4</sup> Les renseignements obtenus doivent permettre aux autorités compétentes de la Confédération et des cantons d'intervenir à temps selon le droit applicable.

2 Les mesures préventives comprennent aussi les actes préparatoires relatifs au commerce illicite d'armes et de substances radioactives ainsi qu'au transfert illégal de technologie.

3 La Confédération soutient les autorités compétentes de police et de poursuite pénale en leur fournissant des renseignements sur le crime organisé, notamment lorsque de tels renseignements parviennent en sa possession dans le cadre d'une collaboration avec des autorités de sûreté étrangères.

4 On entend par mesures préventives:

- a. l'évaluation périodique de la situation de la menace par les autorités politiques et l'attribution de mandats aux organes préposés à la sûreté intérieure (organes de sûreté);
- b. le traitement des informations relatives à la sûreté intérieure et extérieure;
- c. les contrôles de sécurité relatifs à des personnes;
- d. les mesures qui visent à protéger les autorités fédérales, les personnes jouissant d'une protection spéciale en vertu du droit international, ainsi que les missions diplomatiques permanentes, les postes consulaires et les organisations internationales;
- e. la saisie, le séquestre et la confiscation de matériel de propagande dont le contenu incite à la violence;
- f. les mesures prévues aux art. 24a et 24c, qui visent à empêcher la violence lors de manifestations sportives. »

<sup>19</sup> Cf. loi suisse précitée du 21 mars 1997(LMSI), article 5, paragraphe 3 : « Le SRC et fedpol accomplissent les tâches fédérales définies par la présente loi, dans la mesure où elles ne sont pas attribuées à un autre organe. »



cause la sécurité physique des personnes et des biens). Le Conseil d'État estime pouvoir pour le surplus se passer de pousser plus loin l'examen critique du libellé de l'article sous avis, alors que les éléments évoqués ci-avant illustrent les insuffisances du texte.

Il croit en outre utile de relever encore une règle inscrite à l'article 8 (*Paragraf 8*) sous (5) de la loi allemande précitée du 20 décembre 1990 qui veut que dans l'accomplissement de ses missions le « *Bundesamt für Verfassungsschutz* » doit toujours mettre en œuvre celles des mesures envisageables qui s'avèrent entraîner selon toute vraisemblance le moins de désagréments pour les personnes visées, tout en veillant en tout état de cause au principe de la proportionnalité<sup>20</sup>. L'article sous examen aurait avantage à comporter une disposition similaire.

La terminologie particulièrement vague, voire à la limite ambiguë, amène le Conseil d'État à proposer de reformuler les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 3 et à reprendre en tout état de cause dans le nouveau texte l'interdiction de toute surveillance politique, en ce compris la collecte et le traitement de toute information y relative, et tout en ajoutant deux dispositions aux termes desquelles il est, d'une part, interdit au SRE d'intervenir dans des domaines relevant de la compétence légale d'autres instances administratives ou judiciaires, et il est, d'autre part, fait application des moyens qui promettent de comporter le moins de désagréments pour les concernés.

Quant au paragraphe 3, le Conseil d'État rappelle qu'en vertu de l'article 19 de la loi du 15 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité, les fonctions d'autorité nationale de sécurité au sens de cette loi sont déjà à l'heure actuelle assumées par le Service de renseignement. Le paragraphe 3 s'avère dès lors redondant par rapport à l'article 19 de la loi précitée du 15 juin 2004 et le Conseil d'État en demande la suppression.

#### Article 4 (7 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État rappelle qu'il serait logique que les dispositions sur la recherche de renseignements précèdent celles relatives à la collecte et au traitement des informations recueillies, et qu'il échet par conséquent d'échanger l'ordre d'insertion des chapitres 2 et 3 dans le projet de loi.

Quant à l'article 4 sous examen, les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 règlent la coopération avec les autorités judiciaires, la Police grand-ducale et les autres administrations étatiques ainsi qu'avec les services chargés du renseignement dans des pays auxquels le Luxembourg est lié par des traités internationaux.

Les avatars qu'a connus dans le passé la coopération entre la Police et le Service de renseignement incitent à concevoir de telles relations avec beaucoup de précaution.

---

<sup>20</sup> Cf. *BVerfSchG*, §8 (5): « Von mehreren geeigneten Maßnahmen hat das Bundesamt für Verfassungsschutz diejenigen zu wählen, die den Betroffenen voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Eine Maßnahme darf keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht. »

Dans la mesure où le Conseil d'État sera suivi quant à l'insertion d'une disposition prévoyant, à l'instar de la loi suisse précitée du 21 mars 1997, que le SRE n'aura pas le droit d'intervenir dans des matières relevant de la compétence d'autres autorités, les questions d'entraide administrative s'en verront réduites d'autant.

Même si les dispositions de l'article 23 du Code d'instruction criminelle s'appliquent de façon générale, et qu'il n'est pas forcément besoin de rappeler au paragraphe 3 que ces prescriptions valent aussi pour les agents du SRE, le Conseil d'État comprend que les auteurs ont estimé utile de maintenir les dispositions en question.

En vue de mettre de surcroît en évidence la distinction entre la coopération avec des services du renseignement étrangers et celle avec d'autres autorités luxembourgeoises, la structure de l'article sous examen gagnerait en clarté si les deux situations étaient traitées dans deux paragraphes distincts.

Quant à la coopération sur le plan national, elle devrait se réduire à des dossiers ponctuels et l'initiative de coopérer devrait être prise, selon le cas, par le SRE ou par une autre autorité administrative.

Compte tenu du principe d'une séparation stricte des compétences telle que préconisée, le Conseil d'État est d'avis que, nonobstant les obligations qu'il tient de l'article 23 du Code d'instruction criminelle, le SRE devrait être obligé, par référence à la loi suisse précitée<sup>21</sup>, d'informer dans les meilleurs délais et de sa propre initiative les autres instances étatiques susceptibles d'être concernées par ses opérations et le résultat des investigations auquel ces opérations ont donné lieu. Dans le sens inverse la communication d'informations au SRE par d'autres autorités administratives ne devrait en principe avoir lieu que sur demande ponctuelle et motivée de celui-ci, à apprécier soit par l'organe gouvernemental soit, le cas échéant et pour autant que le Conseil d'État sera suivi sur ce point, par la commission administrative censée à ses yeux remplacer le fonctionnaire délégué au SRE. Si la demande d'information est adressée aux autorités judiciaires, ce devra être l'instance judiciaire saisie qui décidera, dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs, des suites qu'elle y réservera.

Quant à la coopération avec des services étrangers, le Conseil d'État note encore que les textes légaux étrangers dont notamment l'article 9 (*Paragraf 9*) sous (3) de la loi allemande du 20 décembre 1990 sur le service fédéral de renseignement<sup>22</sup> en combinaison avec l'article 19 (*Paragraf 19*) sous (3) de la *Bundesverfassungsschutzgesetz* précitée du 20 décembre 1990, ont détaillé davantage les conditions qui régissent l'échange d'informations. La législation allemande limite la communication d'informations, sans préjudice des règles plus strictes concernant la

---

<sup>21</sup> Cf. loi suisse précitée du 21 mars 1997 (LMSI) : « Art. 10. Devoir d'information du SRC et de fedpol  
Le SRC et fedpol informent les autres organes de sûreté de la confédération et les cantons, ainsi que les organes fédéraux qui collaborent à des tâches de sécurité, de tous les faits susceptibles de compromettre la sûreté intérieure dans leur domaine. »

<sup>22</sup> *Gesetz über den Bundesnachrichtendienst – BND-S – (BGBl I, s.2979), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Neuordnung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses vom 26. 6. 201 (BGBl I, S.1254)*

transmission de données personnelles, à l'hypothèse où il s'agit de sauvegarder les intérêts allemands dans le domaine de la sécurité extérieure et de la sûreté intérieure de la République fédérale et à condition que le secrétaire d'État près l'office du chancelier fédéral y ait donné son accord.

Le Conseil d'État propose de supprimer le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 4 qui ne présente aucune utilité normative.

Le paragraphe 2 aura à son tour avantage à être subdivisé en deux paragraphes distincts. Le premier traitera des modalités selon lesquelles des informations peuvent être demandées par le SRE à d'autres administrations et selon lesquelles des informations dont dispose le SRE devront être transmises à d'autres administrations.

Le paragraphe 3 traitera, dans l'optique proposée par le Conseil d'État, des conditions selon lesquelles le SRE pourra communiquer des informations à des services étrangers en charge du renseignement.

Le Conseil d'État demande que l'article sous examen soit reformulé dans le sens des considérations qui précèdent.

#### Article 5 (8 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen règle le traitement par le SRE des données à caractère personnel qu'il a recueillies par ses propres soins ou qu'il a obtenues grâce à l'accès légalement autorisé à des banques de données qui ont été constituées avec d'autres finalités que celle de servir au renseignement.

À moins de pouvoir faire valoir des motifs qui justifieraient le droit du SRE de s'écarter des dispositions qui régissent le droit commun de la protection des données à caractère personnel, il y a lieu à application des règles de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel<sup>23</sup>. Cette approche ne semble pas être mise en cause par les dispositions en projet.

Encore faut-il, plutôt que de rappeler au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2 de l'article sous examen une règle qui se dégage de toute façon de la loi précitée du 2 août 2002 et qui n'a dès lors pas besoin d'être reprise dans une loi spéciale, prendre les dispositions réglementaires destinées à exécuter l'article 17 de cette loi. Le Conseil d'État note que, suite à la critique de la commission d'enquête parlementaire que le règlement grand-ducal prévu à l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup> de la loi précitée du 15 juin 2004 portant organisation du Service de renseignement de l'État n'a jamais été pris, le Gouvernement a, par dépêche du 30 juillet 2014, soumis à son avis deux projets de règlement grand-ducal, intitulés respectivement « Projet de règlement grand-ducal portant création et fixant les modalités de fonctionnement d'un fichier relatif au traitement de données à caractère personnel par le Service de Renseignement de l'État – volet Renseignement » et « Projet de règlement grand-ducal portant création et fixant les modalités de fonctionnement d'un fichier relatif au traitement de

---

<sup>23</sup> Cf. Mém. A N° 91 du 13 août 2002 et pour le texte coordonné de la version modifiée de la loi du 2 août 2002 : Mém. A N° 131 du 8 août 2007.

données à caractère personnel par le Service de renseignement de l'État – volet Autorité nationale de Sécurité ».

Il suffit par ailleurs de tracer au paragraphe 1<sup>er</sup> le cadre pour le traitement des données à caractère personnel tout en limitant ce traitement aux nécessités qui se dégagent des missions du SRE. À cet égard, l'alinéa 2 du paragraphe 1<sup>er</sup>, qui est redondant par rapport à l'article 7 de la loi précitée du 2 août 2002, n'a pas de raison d'être et est à supprimer.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> se lira dès lors comme suit :

« (1) Le SRE est autorisé à procéder selon les modalités de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel au traitement des données personnelles qui sont nécessaires à l'accomplissement de ses missions. »

Le paragraphe 2 énumère les banques de données étatiques auxquelles le SRE est censé avoir un accès direct. Le Conseil d'État note que le relevé en question se trouve substantiellement allongé par rapport à l'article 4 de la loi organique du 15 juin 2004. Le projet de loi prévoit en effet d'ajouter aux six banques de données, auxquelles le service a accès en vertu des dispositions légales de 2004, quatre banques de données supplémentaires. Le commentaire des articles joint au projet de loi justifie cette extension par l'argument que « Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2004, l'expérience a mené à la conclusion que les accès conférés à l'époque par le législateur sont trop restreints, de sorte que la liste, de par sa nature exhaustive, se doit d'être élargie à la manière de l'évolution des menaces. » et propose une copie conforme du relevé des banques de données auxquelles les autorités judiciaires ont un accès direct en vertu de l'article 48-24 du Code d'instruction criminelle. L'assimilation du SRE aux autorités judiciaires n'est pas justifiée, car celles-ci sont compétentes pour le droit pénal commun et pour un grand nombre de lois pénales spéciales où la disposition des données dont question à l'article 48-24 du Code d'instruction criminelle s'avère nécessaire, dans le cadre des poursuites engagées par le Ministère public, pour l'identification des personnes poursuivies, pour l'établissement des charges pesant sur les accusés, pour la détermination et la pondération des peines à prononcer. L'éventail des missions du SRE s'avère par contre bien plus restreint. Il est ainsi permis de douter que des informations supplémentaires tirées par exemple du fichier des permis de conduire puissent avoir pour le service un quelconque intérêt supplémentaire par rapport aux données du registre général des personnes physiques et morales et aux données relatives aux affiliés à la sécurité sociale. L'accès à la banque de données nominatives de police générale ne pourrait-il pas avantageusement être remplacé par des demandes d'informations ponctuelles adressées par le SRE à la Police en cas de soupçons confirmés sur l'implication dans le milieu criminel d'une personne prise en filature dans le cadre de ses missions légales ? Dans la mesure où le législateur a jugé qu'il est dans l'intérêt de la protection de la sphère privée de ne plus délivrer d'extrait N° 2 du casier judiciaire en dehors des hypothèses limitativement énumérées à l'article 8 de la loi du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire, le Conseil d'État ne voit pas l'intérêt d'allonger de nouveau dans des lois spéciales le relevé des exceptions à cette règle.

À son avis, il y a lieu de procéder à un examen critique de l'ensemble des banques de données nominatives auquel le SRE aurait un accès direct selon le projet de loi, en vue d'éliminer celles où cet accès direct n'est pas justifié. Il estime en particulier que les points f), i) et j) dans l'énumération du paragraphe 2 seraient à supprimer.

Il convient encore d'attirer à cet égard l'attention sur l'article 16 de la loi précitée du 2 août 2002 qui soumet toute interconnexion de données recueillies dans une ou plusieurs banques de données à une autorisation formelle préalable de la part de la commission nationale pour la protection des données. Toute interconnexion susceptible d'être éventuellement établie sur base des banques de données auxquelles le SRE est censé avoir accès ou sur base d'autres banques de données devra par conséquent être organisée dans les conditions prévues par la loi.

L'alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe 3 est redondant par rapport à l'article 17 paragraphe 2 de la loi de 2002 et est par conséquent à supprimer.

L'alinéa 2 ne reprend que la mise en œuvre d'un seul aspect des mesures de sécurité des traitements dont question aux articles 22 et 23 de la loi de 2002. Par référence à l'article 40 de la même loi le Conseil d'État propose de reformuler le paragraphe 3 et de le libeller comme suit :

« (3) Le directeur est responsable du traitement des données visées aux paragraphes 1er et 2.

Il désigne un chargé de la protection des données qui est compétent sous son autorité de l'application conforme de la loi précitée du 2 août 2002 et de la mise en œuvre des mesures de sécurité des traitements auxquels procède le SRE.

Le chargé de la protection des données veille à la mise en place des moyens techniques permettant de rechercher l'ensemble des interventions relatives à l'accès aux banques de données prévues au paragraphe 2.

Tout traitement des données reprises dans les banques et fichiers de données à caractère personnel qui sont gérés par le SRE ou auxquels le SRE a accès ainsi que toute consultation de ces données ne peut avoir lieu que pour un motif précis qui doit être indiqué pour chaque traitement ou consultation avec l'identifiant numérique personnel de la personne qui y a procédé.

La date et l'heure de tout traitement ou consultation ainsi que l'identité de la personne qui y a procédé doivent pouvoir être retracées dans le système informatique mis en place. »

Au regard de la modification de texte que le Conseil d'État a proposée au paragraphe 1<sup>er</sup>, le paragraphe 4 devient superfétatoire et peut être supprimé. Par contre, au regard de l'accès du SRE exceptionnellement généreux à nombre de données personnelles, même dans l'hypothèse où il sera fait droit à la proposition du Conseil d'État de limiter l'accès aux banques de données prévues au paragraphe 2, le Conseil d'État se demande s'il ne faudrait pas prévoir de façon formelle dans la loi en projet des audits annuels à effectuer régulièrement sous l'égide de l'autorité visée à l'article 10 du projet de loi, en vue de vérifier si les applications informatiques au sein du SRE se font dans la stricte légalité. La disposition afférente pourrait avantageusement trouver sa place dans le projet de loi comme paragraphe 4 de l'article sous examen.

## Article 6 (9 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen comporte des dispositions complètement remaniées par rapport au contenu de l'article 5 de la loi précitée du 15 juin 2004. Les auteurs du projet de loi justifient le remaniement en se référant à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 25 octobre 2013<sup>24</sup> ainsi qu'au rapport de la commission d'enquête parlementaire. Par ailleurs, certaines dispositions de l'article 5 de la loi de 2004 sont censées être transférées à l'article 7 du projet de loi.

L'arrêt précité de la Cour a déclaré les articles 5 et 16 de la loi précitée du 15 juin 2004 contraires à l'article 12 de la Constitution au motif que les dispositions en question « en permettant aux agents du service de renseignement de l'État d'opposer discrétionnairement aux autorités policières, administratives et judiciaires le secret par simple affirmation, le cas échéant, qu'une information utile provient d'un service de renseignement étranger, sans instaurer un contrôle de la véracité d'une telle affirmation, la loi rompt l'équilibre entre les nécessités de la protection des sources, même étrangères, et les droits de la défense ». Par ailleurs, les juges constitutionnels ont statué que les autres dispositions dudit article 5 relatives à la protection des sources et aux modalités d'assurer cette protection ne sont pas contraires à l'article 12 de la Constitution.

Plutôt que de procéder à un remaniement complet des dispositions de l'article 5 de la loi précitée du 15 juin 2004, qui, dans leur substance, ont été déclarées conformes à la Constitution, sauf l'absence de contrôle de la véracité concernant les informations dont question à l'alinéa 2 du paragraphe 3, le Conseil d'État donne la préférence à une reprise des dispositions de 2004, corrigées sur le seul point ayant donné lieu au constat d'inconstitutionnalité dans l'arrêt 104/13 susmentionné.

Tout en notant que la question n'a pas été analysée dans le cadre de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, il faut se demander si le président de la Cour supérieure de Justice est l'autorité appropriée, d'une part, pour lever vis-à-vis des autorités judiciaires la protection des sources autres que celles relevant d'un service étranger du renseignement et, d'autre part, pour vérifier l'origine étrangère d'une information détenue par le SRE.

Même si dans la première hypothèse la décision prise s'analyse comme une décision de justice, il ne peut pas être ignoré que l'autorité chargée de prendre cette décision siège, en vertu de l'article 10 du projet de loi, en qualité de membre d'une commission administrative ayant autorité sur le SRE, de sorte que son impartialité risque d'être discutée.

Dans ces conditions, le Conseil d'État préconise de désigner une autorité judiciaire autre que le président de la Cour supérieure de justice qui sera compétente pour décider la levée de la protection, à moins de remplacer celui-ci par un autre magistrat, voire un fonctionnaire haut placé dans la commission prévue à l'article 10.

L'article sous examen se lira dès lors comme suit :

---

<sup>24</sup> Arrêt de la Cour constitutionnelle n° 104/13 du 25 octobre 2013, Mém. A N° 194 du 12 novembre 2013.

### « Art. 9. Protection de l'identité des sources humaines

(1) Il est interdit à tout agent du SRE de divulguer l'identité d'une source humaine du SRE.

Une personne qui a pris connaissance d'une information permettant d'identifier une source humaine du SRE est soumise à l'interdiction de l'alinéa 1<sup>er</sup>.

(2) Les autorités judiciaires, la police grand-ducale et les autres administrations ne peuvent pas ordonner ou prendre des mesures qui auraient pour objet ou effet de porter atteinte à l'interdiction du paragraphe 1<sup>er</sup>.

(3) À la demande du ministère public la protection des sources peut toutefois être levée à l'égard des autorités judiciaires sur décision [du président de la Cour supérieure de justice], à condition que cette levée n'entrave pas les actions en cours du SRE et qu'elle ne présente pas un danger pour une personne physique.

Cette disposition ne s'applique ni aux informations fournies par un service étranger du renseignement ni aux informations qui, de par leur nature ou leur contenu, pourraient révéler l'identité d'une source humaine de ce service, sauf si celui-ci marque son accord avec la communication de l'information. Le magistrat visé à l'alinéa 1<sup>er</sup> vérifie l'origine étrangère des informations en question.

(4) Si des informations permettant d'identifier une source humaine ont été obtenues à l'occasion d'une procédure qui n'avait pas pour but de découvrir l'identité d'une source du SRE, ces données ne peuvent pas être utilisées comme preuve dans le cadre d'une action en justice, sauf

- dans le cas où une telle utilisation des informations ne divulgue pas l'identité de la source, ou
- dans les cas visés au paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>. »

### Article 7 (articles 10 et 11 selon le Conseil d'État)

Dans la mesure où le Conseil d'État a proposé de reprendre en substance le contenu de l'article 5 de la loi précitée du 15 juin 2004 à l'article 6 du projet de loi, l'article sous examen se limitera aux paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 ainsi qu'au paragraphe 6.

Les dispositions des paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 s'alignent sur celles des articles 48-22 et 48-23 relevant du chapitre VIII (De l'infiltration) du Livre Premier, Titre II du Code d'instruction criminelle. Celles-ci ont pour objet de masquer l'identité de l'officier de police judiciaire ou de l'agent étranger habilité à cet effet par sa législation nationale qui sont chargés d'une opération d'infiltration, autorisée conformément aux articles 48-17 et 48-18 du même code dans le cadre d'une enquête ou instruction préparatoire sur des points susceptibles d'être qualifiés comme l'un des crimes ou délits énumérés à l'article 48-17.

Du moins pour ce qui est de ses deux premiers paragraphes, l'article sous examen est inspiré, tout comme l'article 9, des dispositions du Code d'instruction criminelle relatives aux conditions légales dans lesquelles peuvent être autorisées les opérations d'observation et d'infiltration nécessaires dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction préparatoire, lorsque « les moyens ordinaires d'investigation s'avèrent inopérants en raison de la nature des faits et des circonstances spéciales de l'espèce ». Les

observations et infiltrations doivent en plus être autorisées chaque fois par le juge d'instruction ou le procureur d'État.

Les auteurs du projet de loi empruntent au Code d'instruction criminelle les moyens techniques d'investigation autorisés par la loi pénale. Or, contrairement au Code d'instruction criminelle qui délimite clairement les circonstances dans lesquelles il peut être recouru à l'observation et à l'infiltration et qui place les opérations autorisées par les autorités judiciaires sous leur contrôle direct, les garde-fous légaux projetés pour le SRE s'avèrent bien moins exigeants.

En outre, l'exemption de la responsabilité pénale dont question au paragraphe 4 de l'article 9 n'a pas sa place avec l'utilisation d'une identité d'emprunt, mais devrait à l'instar de l'approche retenue à l'article 48-19 du Code d'instruction criminelle être prévue en relation avec des opérations d'infiltration, peu importe que celles-ci se fassent avec ou sans identité d'emprunt.

Dans la mesure où il est prévu de conférer aux agents du SRE les prérogatives normalement réservées aux officiers de police judiciaire chargés d'une enquête ou d'une instruction préparatoire, le Conseil d'État estime que des règles d'autorisation et de contrôle comparables à celles précitées du Code d'instruction criminelle devraient être prévues dans le projet de loi sous examen. Il est notamment d'avis que les autorisations d'utiliser une qualité d'emprunt ou de procéder à une infiltration devraient avoir à chaque fois l'aval de l'organe gouvernemental visé à l'article 2 (3 selon le Conseil d'État), sinon de la commission par laquelle le Conseil d'État a proposé lors de son examen de l'article 2 de remplacer le délégué au SRE.

Les auteurs rappellent la jurisprudence de la Cour constitutionnelle<sup>25</sup>, aux termes de laquelle les libertés publiques et notamment les droits de la défense ne sont pas absolus mais peuvent être aménagés, lorsque des motifs légitimes existent pour ce faire. Or, ces aménagements ne peuvent être prévus que « dans la mesure du strict nécessaire pour ne pas anéantir ou réduire dans une proportion déraisonnable l'exercice d'autres droits équivalents. »

C'est dès lors par référence à cette jurisprudence que le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle, de reprendre sur le métier les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 de l'article sous examen ainsi que l'article 9 en vue de placer les opérations d'observation et d'infiltration que le SRE pourra initier sous le contrôle d'une autorité choisie en-dehors du cadre organique du service, afin d'empêcher que le service ne risque d'empiéter trop facilement et au-delà des limites légales sur les libertés publiques, dont en particulier les droits de la défense et la protection de la sphère privée.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article sous examen devra partant être complété par l'énoncé des conditions, dans lesquelles une opération d'infiltration orchestrée par le SRE pourra avoir lieu, et par la désignation de l'autorité tierce qui devra, selon les modalités à préciser, donner son accord pour ce faire. De surcroît, les exigences de l'article 48-18 du Code d'instruction

---

<sup>25</sup> Arrêt 104/13 précité du 25 octobre 2013 (Mém. A N°194 du 12 novembre 2013)



criminelle devront servir de modèle pour définir comment les éléments de l'opération pourront être retracés.

L'agent du SRE sous la responsabilité duquel l'opération exigeant une infiltration est organisée devra en outre être tenu de rédiger le rapport sommaire dont question au paragraphe 5 de l'article 48-17 dudit code.

Quant au paragraphe 2 de l'article sous examen, il y a lieu de se référer au rapport de l'agent responsable de l'opération plutôt qu'au dossier établi par le SRE. Par ailleurs, il échet de compléter ce paragraphe par l'ajout sous forme adaptée des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 48-23 du Code d'instruction criminelle.

En ce qui concerne le paragraphe 6, celui-ci vise, d'une part, l'hypothèse d'une saisie ou d'une perquisition effectuée à un endroit où le SRE exerce ses missions et, d'autre part, l'hypothèse où des données ou du matériel classifié du SRE ont été découverts lors d'une saisie ou d'une perquisition. Etant donné qu'il s'agit de deux cas de figure distincts des dispositions dont question aux paragraphes 1<sup>er</sup> et 2, le Conseil d'État préconise de reprendre le contenu du paragraphe sous examen dans un article à part, subdivisé en deux paragraphes en vue de traiter séparément les deux hypothèses prévues.

Par voie de conséquence, il propose de revoir le libellé dudit paragraphe 6 (qui selon le Conseil d'État devient un article nouveau) dans le sens suivant, tout en y réservant un article à part (article 11 selon le Conseil d'État) :

**« Art. 11. Saisies et perquisitions de données et de matériel du SRE**

(1) Lorsqu'une saisie ou une perquisition est effectuée dans un lieu où le SRE exerce ses missions, le directeur du SRE est invité à y assister ou à se faire représenter. Le directeur du SRE en informe sans délai [le délégué au SRE/la commission administrative instituée en vertu de l'article 2].

Si le directeur du SRE ou son représentant estime que la saisie de données ou de matériels classifiés est de nature à permettre de relever l'identité d'une source humaine au sens de l'article 9, il demande la mise sous scellés des données et matériels concernés, munis du sceau du juge d'instruction et conservés en lieu sûr par celui-ci.

Le juge d'instruction peut demander la levée des scellés [au président de la Cour supérieure de justice]. Celui-ci prend sa décision après avoir demandé l'avis du directeur du SRE. Si [le président] estime que le versement au dossier judiciaire de tout ou partie des données et matériels sous scellés permettrait de révéler l'identité d'une source humaine du SRE, il ordonne la restitution au SRE des données et matériels concernés. Les autres données et matériels sous scellés pour lesquels [le président] estime que ce risque n'est pas donné, sont versés au dossier judiciaire.

(2) Si lors d'une saisie ou d'une perquisition effectuée en tout autre lieu, des données ou du matériel classifiés sont découverts qui risquent de permettre de révéler l'identité d'une source humaine du SRE, le directeur du SRE en est informé sans délai. Si le directeur

ou son représentant estime que le risque en question est donné, il est procédé conformément aux alinéas 2 et 3 du paragraphe 1<sup>er</sup>. »

#### Article 8 (5 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État rappelle son observation faite lors de l'examen de l'article 3 (4 selon le Conseil d'État) qui vise à reprendre dans la loi en projet la disposition allemande prescrivant que les services secrets fédéraux doivent, dans le cadre de leurs missions, toujours mettre en œuvre les mesures qui comportent les moindres désagréments pour les personnes visées par leurs opérations. Il estime en effet que l'article réglant la manière dont le SRE aura à exécuter ses missions devrait dès le début du texte mettre en exergue la règle que cette exécution doit être conçue de manière à respecter les principes de proportionnalité et de subsidiarité. Il est superflu de se référer en plus au principe de légitimité des missions et à l'obligation d'une exécution de celles-ci conforme à la finalité poursuivie, alors que le principe de légitimité découle du cadre légal et que l'obligation d'exécuter les missions conformément à la finalité poursuivie comporte l'obligation de respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Comme déjà relevé lors de l'examen de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi, une sollicitation excessivement fréquente des valeurs de l'État de droit ne s'avère pas indiquée. Si la Chambre des députés est d'accord pour suivre la proposition du Conseil d'État en déterminant les missions du SRE à l'article 3 du projet de loi dans le sens des dispositions précitées de la législation suisse, il suffira de s'y référer dans le cadre de l'article sous examen.

Quant aux définitions reprises sous le paragraphe 4 le Conseil d'État propose d'y renoncer au profit de l'insertion des termes « observation » et « moyen technique » à l'endroit où ces deux termes sont utilisés pour la première fois dans le texte de loi et de renvoyer aux critères de définition du « lieu public » reprise à l'article 135-10 du Code pénal.

L'article sous examen se lira dès lors comme suit :

#### **« Art. 5. Les principes relatifs à la recherche des renseignements »**

Le SRE ne peut mettre en œuvre des moyens ou des mesures de recherche qu'à condition

- a) que le moyen ou la mesure vise de façon ciblée une ou plusieurs personnes physiques ou morales, identifiées ou identifiables ;
- b) qu'il dispose d'un indice grave ou de plusieurs indices concordants qui permettent de conclure à la réalité d'une menace sérieuse actuelle ou potentielle relevant du champ d'application de ses missions déterminées à l'article 3 ;
- c) les moyens et mesures de recherche mis en œuvre soient proportionnels à la gravité de la menace sous b) et que d'autre moyens ou mesures dont dispose le SRE ne permettent pas de remplir ses missions légales au prix d'une atteinte moins grave aux droits des personnes visées sous a). »

#### Article 9 (6 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen a trait aux observations et autres moyens et mesures de recherche auxquels peut recourir le SRE dans le cadre de

l'exécution de ses missions, sous réserve de l'autorisation du directeur du service.

Le paragraphe 2 permet au SRE d'utiliser à ces fins des informateurs qui ne font pas partie de son effectif.

Le paragraphe 3 confère au directeur du SRE compétence pour autoriser ses collaborateurs à utiliser un nom d'emprunt si la mission dont ils se trouvent chargés l'exige. Le paragraphe 4 décrit les conditions sous lesquelles une identité d'emprunt peut être autorisée ainsi que les activités que l'agent peut accomplir sous la couverture de cette identité.

Le paragraphe 5 autorise le SRE à créer des personnes morales dans le cadre de la collecte des informations faisant partie de ses missions.

Enfin, le paragraphe 6 permet au SRE de recourir dans les lieux publics à des moyens techniques pour faciliter et documenter ses observations.

Le Conseil d'État renvoie tout d'abord à ses observations générales formulées lors de son examen de l'article 7 qui gardent leur valeur en relation avec l'article sous examen. Il réitère dès lors sa demande d'aligner sur les exigences des articles 48-12 à 48-16 du Code d'instruction criminelle les conditions dans lesquelles les agents du SRE peuvent procéder à des observations.

L'exemption de la responsabilité pénale dont question aux alinéas 2 et 3 du paragraphe 4 est à prévoir en relation avec les opérations d'infiltration et non seulement avec l'adoption d'une qualité d'emprunt. L'opposition formelle formulée à l'endroit des paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 7 vaut également pour les dispositions sous examen.

Au regard des avatars dénoncés dans le rapport de la commission d'enquête parlementaire du 5 juillet 2013, le Conseil d'État se doit d'insister que toute indemnisation de sources ou d'informateurs du SRE fasse l'objet d'une autorisation préalable de l'organe gouvernemental dont question à l'article 2 (3 selon le Conseil d'État). La même exigence est de mise en relation avec la création de personnes morales utilisées pour servir d'écran aux activités du SRE. Renoncer à ces autorisations préalables de l'instance politique responsable pour le SRE reviendrait en effet à retomber dans les travers du passé en empêchant un contrôle hiérarchique efficace de s'exercer.

#### Article 10 (Articles 12 et 13 selon le Conseil d'État)

Les auteurs du projet de loi se réfèrent à une recommandation du rapport d'enquête précité du 5 juillet 2013 pour reprendre dans le projet de loi sous examen la substance des articles 88-3 et 88-4 du Code d'instruction criminelle. Le rapport retient qu'« au vu des nombreuses imprécisions caractérisant les étapes procédurales prescrites dans le cadre du procédé de l'autorisation ou du refus de la mesure de surveillance et de contrôle requise, il est indispensable de revoir ce processus décisionnel et de reformer le cadre légal afférent. Il convient d'en inscrire un renvoi dans la

loi organique du SREL. De même il est indispensable de revoir et d'adapter le cadre légal réglementant l'interception de courrier et de colis. »

Pour donner suite à cette recommandation, les auteurs reprennent dans la loi en projet et sous une forme substantiellement modifiée le contenu des articles 88-3 et 88-4 dudit code, tout en prévoyant parallèlement la suppression des deux articles visés dans ledit code (cf. article 32 et 33 du projet de loi), plutôt que de suivre à la lettre la recommandation précitée du rapport d'enquête.

Parallèlement, la proposition de loi n°6589B sous examen prévoit à son article 2 une modification de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 88-3 du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'État note que, contrairement aux auteurs du projet de loi, les députés à l'origine de cette proposition de loi entendent maintenir les dispositions des articles 88-3 et 88-4 précités dans le Code d'instruction criminelle.

Il échet encore de renvoyer dans ce contexte au premier des amendements gouvernementaux dont le Conseil d'État a été saisi le 24 octobre 2014, qui prévoit de modifier le paragraphe 1<sup>er</sup> sous examen dans le sens d'une simplification des modalités selon lesquelles les magistrats de la commission, appelée à donner leur assentiment aux écoutes téléphoniques ou à l'ouverture du courrier postal par le SRE, peuvent être remplacés en cas d'empêchement. Le Conseil d'État a une nette préférence pour le texte initial, car la nouvelle formule permettrait des délégations en cascade pouvant à la limite hypothéquer l'autorité de la commission administrative, qui a en effet avantage à être composée par les magistrats les plus anciens en rang.

Par ailleurs, le paragraphe 4 de l'article 10 du projet de loi crée de toutes pièces de nouveaux moyens de recherche de renseignements obligeant plus particulièrement les transporteurs aériens ainsi que les banques et autres prestataires de services financiers (PSF) à livrer au SRE toute information demandée dont ils disposent au sujet de la ou des personnes visées par la recherche. Dans les mêmes conditions, les entreprises concernées devraient assurer l'accès de leurs systèmes informatiques au SRE.

Le Conseil d'État estime tout d'abord que les dispositions traitées aux paragraphes 1<sup>er</sup> à 3 auraient, dans l'intérêt d'une structure claire du texte de loi, avantage à être séparées de celles reprises aux paragraphes 4 et 5 en prévoyant deux articles à part.

En ce qui concerne la place de ces 2 articles dans le tissu légal, le Conseil d'État donne, contrairement à la proposition de loi n° 6589B, la préférence à l'insertion des dispositions sous examen dans la loi organique du SRE plutôt que de maintenir celles-ci dans le Code d'instruction criminelle.

Quant à la structure des trois paragraphes 1<sup>er</sup> à 3 il y aura en outre lieu de définir d'abord la finalité et les conditions dans lesquelles le contrôle des communications peut avoir lieu avant d'arrêter la procédure d'autorisation à instaurer à ces fins.

Le Conseil d'État relève au passage que la commission administrative est tenue par les exigences de l'article 23 du Code d'instruction criminelle, chaque fois qu'elle a, dans le cadre de son activité, connaissance d'une infraction qui a été commise ; par contre, cette exigence n'est évidemment pas d'application dans l'hypothèse où la commission, après avoir été requise pour autoriser le SRE à organiser des écoutes téléphoniques, l'ouverture d'un courrier postal ou d'autres formes d'accès aux communications à caractère privé, refuse l'autorisation sollicitée au motif que l'opération envisagée par le SRE n'est pas conforme aux prescriptions légales.

Afin de mieux pouvoir tenir compte de la diversification des moyens de communication, le Conseil d'État estime que les dispositions actualisées à cet égard pour le SRE devront comporter parallèlement une mise à jour similaire de celles couvrant le repérage des communications dans le cadre d'enquêtes relevant du droit pénal commun (cf. article 88-2 du Code d'instruction criminelle).

En outre, il échet de veiller à une séparation nette des missions confiées au SRE et de celles relevant de la Police grand-ducale. Dans ces conditions, et nonobstant le libellé actuel de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 88-3 du Code d'instruction criminelle, le Conseil d'État estime que le SRE doit se dessaisir de toute affaire dès qu'il se révèle qu'il y a eu infraction en respectant à ces fins les exigences de l'article 23 dudit code.

L'alinéa 3 du paragraphe 3, rappelant que la violation du secret professionnel, tel que prévu par l'article 458 du Code pénal, est punie par la loi est superfétatoire, alors qu'il ne fait que répéter la règle ancrée dans ledit code. Il convient par conséquent de faire abstraction de cet alinéa.

Dans ces conditions, les trois premiers paragraphes de l'article sous examen auront avantage à être remplacés par le texte suivant qui fera l'objet de l'article 12 selon la structure proposée par le Conseil d'État:

« **Art. 12.** (1) Sous réserve de respecter les principes de proportionnalité et de subsidiarité, le SRE peut être autorisé à surveiller et à contrôler les télécommunications ainsi que de la correspondance postale et à faire usage de moyens techniques de surveillance et de contrôle de toutes les formes de communication, si les moyens ordinaires d'investigation s'avèrent inopérants en raison de la nature des faits et des circonstances spéciales de l'espèce.

Lorsque la surveillance ou le contrôle permettent de découvrir des faits tels que visés à l'article 23 du Code d'instruction criminelle le SRE en informe le procureur d'État compétent. Au cas où l'opération de surveillance et de contrôle a ces faits pour objet le SRE est tenu de se dessaisir du dossier au profit du procureur d'État compétent. Il en informe l'organe gouvernemental visé à l'article 2 (3 selon le Conseil d'État).

La surveillance et le contrôle doivent cesser dès que les renseignements recherchés ont été recueillis et au plus tard dans le délai de trois mois à compter du jour où ils ont été ordonnés.

La surveillance et le contrôle peuvent être ordonnés dans les conditions de l'alinéa 1<sup>er</sup> pour un nouveau délai de trois mois. Cette décision est sous les mêmes conditions, renouvelable de trois mois en trois mois.

(2) Les décisions visées au paragraphe 1<sup>er</sup> sont notifiées aux opérateurs des services concernés qui font procéder sans retard à leur exécution en communiquant dans les meilleurs délais contre récépissé au SRE les informations qui leur sont demandées. Le SRE copie les correspondances pouvant servir à ses recherches et renvoie les originaux qu'il ne juge pas nécessaire de retenir aux opérateurs concernés qui les font remettre aux destinataires.

Lorsque les mesures de surveillance et de contrôle visées au paragraphe 1<sup>er</sup> n'ont donné aucun résultat, les copies, enregistrements, données et renseignements obtenus sont immédiatement détruits par le SRE.

Au cas où ces copies, enregistrements, données et renseignements peuvent servir à la continuation de l'enquête la destruction a lieu au plus tard au moment de la prescription de l'action publique.

Les correspondances sont mises sous scellés et remises contre récépissé au SRE, qui fait copier les correspondances pouvant servir à ses investigations et renvoie les écrits qu'il ne juge pas nécessaire de retenir aux opérateurs qui les font remettre au destinataire.

Les communications avec des personnes liées par le secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal et non suspectes elles-mêmes d'être impliquées dans une menace actuelle ou potentielle relevant du champ d'application des missions du SRE déterminés à l'article 3 ne peuvent pas être utilisées. Leur enregistrement et leur transcription sont immédiatement détruits par le SRE.

(3) Les opérations de surveillance et de contrôle sont ordonnées par l'organe gouvernemental visé à l'article 2 (3 selon le Conseil d'État) sur demande écrite du directeur du SRE et après l'assentiment d'une commission administrative composée par [le président de la Cour supérieure de justice], le président de la Cour administrative et le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

En cas d'urgence le membre du Gouvernement qui a le Renseignement dans ses attributions peut de sa propre autorité ordonner la surveillance et le contrôle visés à l'alinéa 1<sup>er</sup>, sauf à saisir sans désarmer l'organe gouvernemental visé à l'article 2 (3 selon le Conseil d'État) et la prédite commission administrative.

Toute décision relative au renouvellement d'une opération de surveillance et du contrôle intervient dans les conditions de l'alinéa 1<sup>er</sup>.

En cas d'empêchement [le président de la Cour supérieure de justice] est remplacé par un vice-président, le président de Cour administrative par le premier vice-président et le président du tribunal d'arrondissement par le premier vice-président le plus ancien en rang. »

Quant aux paragraphe 4 et 5 de l'article sous examen concernant les communications que le SRE est autorisé à solliciter auprès des transporteurs aériens et des PSF, le Conseil d'État peut marquer son accord de principe avec cette façon de voir. Or, obliger les entreprises concernées à donner accès à des informations relatives à leur clientèle constitue une intrusion incisive dans la vie de l'entreprise et dans le caractère confidentiel de son

fonds de commerce au point qu'aux yeux du Conseil d'État il sera parfaitement justifié de revêtir pareilles décisions du sceau des autorités politiques. Il demande dès lors que toute demande émanant à cet égard du SRE soit adressée à l'organe gouvernemental visé à l'article 2 (3 selon le Conseil d'État) qui sera de la façon compétent pour ordonner la communication sollicitée, voire l'accès aux systèmes informatiques. Le Conseil d'État pourrait dans cette optique s'accommoder également qu'en cas d'urgence pareille décision pourrait être prise par le seul membre du Gouvernement qui a le Renseignement dans ses attributions, à condition de soumettre sa décision dans les meilleurs délais à l'approbation de la commission et dudit organe gouvernemental.

Comme préconisé ci-avant, les paragraphes 4 et 5 en question devraient faire l'objet d'un nouvel article à part, qui, selon la numérotation retenue par le Conseil d'État, devrait prendre le numéro 13.

Dans la ligne de ce qui précède, le paragraphe 5, à insérer dans ce nouvel article 13, prendra le libellé suivant :

« (5) Lorsque les informations auxquelles il a accès en vertu du présent article lui permettent de découvrir des faits tels que visés à l'article 23 du Code d'instruction criminelle, le directeur du SRE en informe le procureur d'État compétent. »

#### Article 11 (14 selon le Conseil d'État)

La disposition formant la première phrase de l'article sous examen constitue une évidence. Il y a lieu de la supprimer.

Dans la deuxième phrase, il convient de parler de l'« autorisation » (et non du « permis ») à délivrer par le ministre de la Justice. Le fait de mettre, le cas échéant, une arme à la disposition d'un agent du SRE est une question qui dépend en définitive de cette autorisation. L'arme mise à la disposition de l'agent concerné reste évidemment la propriété de l'État et non d'un département déterminé du Gouvernement. Par ailleurs, il est évident que, faute d'autres compétences attribuées aux agents du SRE, l'arme que l'agent est autorisé à porter ne peut être utilisée à d'autres fins que celle de la légitime défense, contrairement à la situation dans laquelle se trouvent les fonctionnaires de la Police grand-ducale.

Concernant la troisième phrase de l'article, les conditions dans lesquelles peut être portée l'arme sont celles figurant dans l'autorisation ministérielle précitée. Les conditions en question pourront dès lors tout au plus être complétées dans un sens restrictif par des directives internes émises par le directeur du SRE. Dans ces conditions le Conseil d'État propose de faire abstraction de cette phrase.

#### Article 12 (15 selon le Conseil d'État)

Pour des raisons de confidentialité, il est naturel que le détail des dépenses effectuées par le SRE à charge du budget de l'État ne soit pas relevé dans la loi budgétaire, ceci par dérogation au paragraphe 4 de l'article 2 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'État.

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, il n'est pas correct de dire que c'est le Premier ministre qui arrête le budget du SRE, puisqu'en vertu de l'article 104 de la Constitution cette prérogative revient à la seule Chambre des députés. Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer formellement à la rédaction retenue. Il rappelle encore que, dans la mesure où, en vertu de l'article 9 (6 selon le Conseil d'État) du projet de loi il est prévu d'indemniser des informateurs, l'engagement financier de l'État à l'égard de ceux-ci ne peut pas, en vertu de l'avant-pénultième tiret de l'article 99 de la Constitution, porter sur plus d'un exercice budgétaire.

Le paragraphe 3 (qui prendra le numéro 2) ne donne pas lieu à observation.

Dans les conditions données, le Conseil d'État propose l'insertion d'un nouveau paragraphe 1<sup>er</sup> qui regroupera les dispositions des paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 du texte gouvernemental et qui prendra le libellé suivant :

« (1) Les fonds nécessaires au fonctionnement du SRE sont prélevés à charge d'un crédit inscrit au budget de l'État. Le détail des recettes et des dépenses du SRE n'est pas publié.

Dès le vote du budget par la Chambre des députés, le membre du Gouvernement qui a le Renseignement dans ses attributions arrête le détail de ces recettes et des dépenses, après avoir pris l'avis de l'organe gouvernemental visé à l'article 2 (3 selon le Conseil d'État). »

#### Article 13 (16 selon le Conseil d'État)

Même si l'article sous examen s'avère être une copie conforme de l'article 7 de la loi précitée du 15 juin 2004, le Conseil d'État se permet d'attirer l'attention sur l'inadéquation de la rédaction du dernier tiret du paragraphe 2 de cet article.

Le Premier ministre, ministre d'État, voire le membre du Gouvernement qui a le Renseignement dans ses attributions, est-il tenu de proposer au ministre ayant le Budget dans ses attributions d'accorder la décharge du comptable extraordinaire du SRE et le ministre en charge du Budget est-il tenu d'accorder cette décharge par dérogation à ce que disposent les articles 68 et suivants de la loi précitée du 8 juin 1999 ? Le Conseil d'État préférerait voir rédiger ce tiret de la façon suivante :

« - à la fin de l'exercice budgétaire le membre du Gouvernement qui a le Renseignement dans ses attributions soumet, après consultation de l'organe gouvernemental visé à l'article 2 (3 selon le Conseil d'État), au ministre ayant le Budget dans ses attributions une proposition quant à la décharge du comptable extraordinaire. La décision relative à la décharge intervient dans les conditions des articles 30 et suivants de la loi précitée du 8 juin 1999. »

Le Conseil d'État saisit encore l'occasion pour proposer deux modifications rédactionnelles. Dans la phrase introductive du paragraphe 2, il faut, dans le respect des usages de la légistique formelle, écrire « de la loi précitée du 8 juin 1999 ». Par ailleurs, les tirets utilisés pour subdiviser l'énumération qui suit auraient avantage à être remplacés par des lettres alphabétiques suivies d'une parenthèse fermante.



#### Article 14 (17 selon le Conseil d'État)

Cet article a trait à la passation par le SRE de marchés publics de fournitures et de services.

En vertu de son article 28, la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics dispose que son Livre II « ne s'applique pas aux marchés publics lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, ... ou lorsque la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige ».

*A priori* rien ne s'oppose dès lors dans le cas de figure sous examen à remplacer les règles du Livre II de la loi de 2009 par des dispositions particulières.

Le Conseil d'État se demande toutefois s'il n'y aurait pas lieu de prendre en compte la loi du 26 décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité. Dans cette optique, les marchés publics relatifs aux équipements sensibles interviendraient dans les conditions prévues par cette loi, tandis que les procédures de droit commun continueraient à s'appliquer aux autres marchés de travaux, de fournitures et de services à passer pour compte du SRE, telles que celles-ci résultent de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Le Conseil d'État ne s'opposerait pas non plus au traitement des marchés du SRE selon des règles similaires aux dispositions valant selon l'article 8, paragraphe 1<sup>er</sup> sous les points j) et k) de la loi précitée du 25 juin 2009 pour les marchés de la Police grand-ducale et de l'Armée, à condition de modifier cet article en conséquence, tout en respectant à cet effet les exigences de l'article 14 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services<sup>26</sup>.

Si la Chambre des députés est d'accord pour suivre le Conseil d'État en ce qui concerne la façon de traiter la passation des marchés publics pour compte du SRE, il faudra prévoir en fin de texte de la loi en projet, parmi les dispositions modificatives concernant des changements à apporter à d'autres lois, un voire deux articles reprenant les modifications légales qui se dégagent de l'approche préconisée. Par ailleurs, l'intitulé du projet de loi devra être complété dans le même sens.

#### Article 15

L'article 15 ne fait que rappeler une évidence. En l'absence d'une plus-value normative de la disposition en question, le Conseil d'État demande d'en faire abstraction.

#### Article 16 (18 selon le Conseil d'État)

Tout en renvoyant à sa proposition de texte de l'article 2 du projet de loi, le Conseil d'État propose la suppression du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article sous examen qui en constitue une redite.

---

<sup>26</sup> JOUE L134/114 du 30 avril 2004

La hiérarchie des normes interdit des renvois dans un texte légal à des normes de rang hiérarchiquement inférieur. Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer formellement à l'alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe 2. Le Conseil d'État propose dès lors de reformuler comme suit le texte de ce paragraphe, qui, au regard des observations concernant la suppression des autres paragraphes, constituera à lui seul l'article 16 (18 selon le Conseil d'État):

« Pour être nommé aux fonctions de directeur ou de directeur adjoint du SRE le candidat doit remplir les conditions d'accès aux fonctions administratives de la carrière supérieure auprès des administrations de l'État prévue par la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État et avoir l'honorabilité professionnelle nécessaire ainsi que l'expérience adéquate pour l'exercice de ces fonctions.

Le directeur et le directeur adjoint doivent justifier d'une habilitation de sécurité du niveau « TRES SECRET ».

Le directeur ou le directeur adjoint doit être titulaire d'un diplôme de master sanctionnant un cycle d'études universitaires complet en droit. »

Le paragraphe 3 est redondant par rapport à la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'État dont la rubrique I. Administration générale de l'Annexe A. Classification des fonctions comporte la classification du directeur et du directeur adjoint respectivement dans les grades 17 et 18.

Dans la mesure où des modalités de nomination ne doivent pas seulement être prévues pour le directeur et le directeur adjoint, le Conseil d'État propose de prévoir à cet effet une disposition à part à insérer dans l'article 18 du projet de loi.

#### Article 17 (19 selon le Conseil d'État)

Quant au fond, le paragraphe 1<sup>er</sup> ne donne pas lieu à observation, mais le Conseil d'État propose une structure numérique des alinéas dans la séquence 1., 2., 3.,.... Pour faciliter les renvois ultérieurs, il convient en outre de recourir, lors de l'énumération des grades, non pas à des tirets, mais à une numérotation employant des lettres alphabétiques suivies d'une parenthèse fermante dans la séquence a), b), c),....

Quant au paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, le Conseil d'État demande que le contenu en soit limité au premier tiret, qui devra être libellé comme suit :

« (2) Le cadre du personnel peut, selon les besoins de service, être complété par des employés de l'État dans la limite des crédits budgétaires. »

En effet, les détachements à prévoir pour compte du SRE devraient, de l'avis du Conseil d'État, se faire selon les modalités légales de droit commun valant en général pour la mobilité au sein de l'administration de l'État.

Quant à l'alinéa 2 du même paragraphe, l'égalité de traitement des fonctionnaires de l'État commande de s'en tenir aux règles généralement applicables concernant la situation statutaire des fonctionnaires détachés, à moins d'établir que le régime spécial projeté dans le cas de l'espèce procède

de disparités objectives et que cette différence de traitement ne soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée au but. En attendant que les auteurs fournissent les éclaircissements requis sur ce point, le Conseil d'État se voit obligé de réserver la question de la dispense du second vote constitutionnel.

En ce qui concerne l'alinéa 3, le Conseil d'État ne peut pas cautionner l'exigence d'une proposition du directeur du SRE en vue de permettre aux membres du Gouvernement compétents d'autoriser le détachement d'un agent de l'État pour compte du SRE, alors que la décision administrative à intervenir ne saurait pas être tributaire de l'avis, voire de l'initiative d'un fonctionnaire, fût-il chef d'administration.

Quant au paragraphe 3, le Conseil d'État doute, par référence aux considérations générales concernant plus particulièrement ce point, de la nécessité d'une augmentation de l'effectif du SRE de 5 unités ou de 8,34% pour les raisons qu'il a plus amplement développées, tout en donnant de surcroît à considérer qu'il a par ailleurs proposé de réduire le champ d'intervention du SRE à des dimensions plus modestes permettant de la façon l'économie d'une part de l'effectif escompté par les responsables du service. Étant donné qu'il s'agit d'une question d'opportunité politique à apprécier par la Chambre des députés, il laisse à celle-ci le soin de conclure. En ce qui concerne la détermination de l'effectif d'une administration, cette question relève normalement des dispositions de la loi budgétaire relatives au *numerus clausus*. S'il était pourtant jugé indiqué de maintenir la disposition en question dans la loi organique en projet, il y aurait lieu, à l'instar de l'approche retenue dans certains autres textes normatifs ainsi qu'à l'article de la loi budgétaire relatif à la fixation du *numerus clausus* pour l'année concernée, de fixer individuellement pour chaque carrière l'effectif autorisé.

La première phrase du paragraphe 4 ne donne pas lieu à observation, pour autant qu'un renforcement éventuel de l'effectif ne puisse pas intervenir par le biais du *numerus clausus* budgétaire. Même si le texte de la deuxième phrase de ce paragraphe est, tout comme celui de la première phrase, repris textuellement de l'article 10, paragraphe 4 de la loi modifiée du 15 juin 2004 portant organisation du Service du Renseignement de l'État, le Conseil d'État propose de ne plus se départager à l'avenir, en ce qui concerne l'affectation de postes pour compte du SRE, des procédures généralement applicables en vue de l'attribution des postes au sein de l'administration qui intervient normalement sous le contrôle du Conseil de gouvernement. Il propose de faire dès lors abstraction de cette deuxième phrase du paragraphe sous examen.

Le second des amendements gouvernementaux dont le Conseil d'État a été saisi le 24 octobre 2014 a trait au paragraphe 5 de l'article sous examen.

En ce qui concerne ce paragraphe, le Conseil d'État ne peut pas marquer son accord à ce que la possibilité légale prévue d'« avoir recours temporairement à des experts ou à des conseillers externes » puisse servir de justification pour une augmentation des crédits budgétaires à la disposition du SRE. Aussi demande-t-il, en omettant la différenciation difficile à comprendre entre experts extérieurs et conseillers externes, d'ajouter que le

recours à des experts ne peut se faire que dans la limite des crédits budgétaires disponibles. Par ailleurs, il rappelle que le recours à des experts ne peut pas dépasser le cadre temporel de la loi budgétaire, alors que toute charge grevant le budget de l'État pour plus d'un exercice ne peut être établie que par une loi spéciale en vertu de l'article 99 de la Constitution. En troisième lieu, il estime que ces experts devraient être engagés sous le régime d'un contrat de prestation de services, et qu'il échet partant de renoncer à l'approche envisagée d'une embauche sur base de contrats de travail. Se pose de surcroît dans l'une et dans l'autre de ces deux hypothèses la question de la capacité de conclure du SRE qui en tant qu'administration de l'État ne dispose pas de la personnalité juridique nécessaire pour agir. Enfin, le Conseil d'État se demande sous quel régime juridique le SRE entend s'assurer la collaboration des personnes répondant à la notion de « sources humaines » dont question notamment à l'article 7 (10 selon le Conseil d'État).

La nouvelle rédaction du paragraphe 5 pourrait dans les conditions sus-énoncées se présenter comme suit :

« (5) Dans la limite des crédits budgétaires le SRE peut recourir à des experts qui concourent à l'accomplissement de ses missions sur base de contrats de prestation de services à conclure par le membre du Gouvernement qui a le Renseignement dans ses attributions. »

#### Article 18 (20 selon le Conseil d'État)

Dans la mesure où les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 de l'article sous examen ne respectent pas la hiérarchie des normes en renvoyant à des règlements grand-ducaux, le Conseil d'État doit s'y opposer formellement.

Étant donné que les mesures de recrutement prévues ne s'écartent pas des règles de droit commun valables pour les engagements et la mobilité dans la fonction publique, les deux paragraphes ne comportent aucune plus-value normative, de sorte qu'ils peuvent être supprimés.

En ce qui concerne le paragraphe 3 les modalités de sélection des candidats à une vacance de poste dans l'effectif du SRE pourraient également avoir leur place soit dans un règlement grand-ducal soit dans une instruction ministérielle. La seule exigence que le Conseil d'État propose de maintenir dans la loi formelle est celle relative à l'habilitation de sécurité que doivent détenir les candidats.

Renvoyant par ailleurs à son observation *in fine* de son examen de l'article 16 le Conseil d'État propose de réserver la rédaction suivante à l'article sous examen qui fera l'objet d'un article 20 selon la structure proposée par le Conseil d'État:

#### **« Art. 20. Modalités de recrutement et de nomination »**

(1) Les fonctionnaires de l'État et employés de l'État affectés au SRE doivent être titulaires d'une habilitation de sécurité du niveau « SECRET ».

(2) Sont nommés par le Grand-Duc les fonctionnaires des grades supérieurs au grade 8. Le membre du Gouvernement qui a le Renseignement dans ses attributions nomme aux autres emplois ».

## Article 19 (21 selon le Conseil d'État)

Tout en ne s'opposant pas à l'allocation au profit de certains agents du SRE de primes de risque au d'astreinte, dont bénéficient également d'autres fonctionnaires et employés publics, le Conseil d'État se doit d'insister que ces primes soient a) non pensionnables, b) payées uniquement si l'exécution d'une tâche par l'agent bénéficiaire compte un risque ou une astreinte, et c) limitées à la durée où le risque ou l'astreinte sont effectivement donnés. En l'absence de ces restrictions en relation avec le droit aux primes prévues, le principe de l'égalité devant la loi fixant les rémunérations et indemnités des agents de l'État serait rompu. Aussi le Conseil d'État réserve-t-il la question de la dispense du second vote constitutionnel en attendant que les aménagements nécessaires aient été apportés au texte sous examen.

Le Conseil d'État doute également de la nécessité de faire bénéficier un fonctionnaire délégué au SRE d'une prime spéciale, alors qu'il existe nombre d'autres situations où des fonctionnaires affectés à tel département ministériel sont chargés de tâches de surveillance de services administratifs placés sous l'autorité de ce département, sans qu'ils bénéficient de telles primes. Ici encore, le principe de l'égalité évoqué ci-avant risque de ne pas être respecté. Par ailleurs, le Conseil d'État rappelle sa proposition de suivre l'exemple belge et de charger une commission administrative du suivi des activités du SRE, permettant d'abandonner l'affectation d'un fonctionnaire individuel à cette tâche.

Le Conseil d'État se demande encore quelle pourrait être la justification des indemnités spéciales que le Premier ministre, ministre d'État (le membre du Gouvernement ayant le Renseignement dans ses attributions, selon le Conseil d'État), pourrait allouer ci et là à des agents du SRE pour leur compenser des charges, sujétions et prestations particulières, inhérentes aux activités de leur service d'attache. En quoi pourraient consister de telles charges, sujétions et prestations particulières ? D'autres tâches accomplies par les fonctionnaires d'autres instances administratives ne compteraient-elles pas elles aussi des charges, sujétions ou prestations particulières ? Comment dès lors justifier pareille indemnité spéciale face au principe de l'égalité de traitement valant pour l'ensemble des agents publics ? Sur ce point encore le Conseil d'État réserve la question de la dispense du second vote constitutionnel, en attendant que les auteurs établissent qu'en relation avec ces indemnités les agents du SRE se trouvent par rapport à d'autres catégories de fonctionnaires ou d'employés de l'État dans une situation différente qui procède de disparités objectives et que cette différence est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

Enfin, il y a lieu d'harmoniser la rédaction de l'article sous examen en visant de façon générale les « fonctionnaires (et les employés de l'État) » du SRE plutôt que ses « membres ».

## Article 20

Dans la mesure où le Service de renseignement de l'État est maintenu et où uniquement la loi organique est remplacée, l'article sous examen est superfétatoire, comme documenté dans le cadre de nombre d'autres changements légaux analogues intervenus dans le passé.

Le Conseil d'État renvoie à titre d'exemple à la loi du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'ILNAS.

#### Article 21 (22 selon le Conseil d'État)

L'obligation de confidentialité inscrite à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article sous examen ne peut que spécifier l'obligation de secret professionnel inscrite à l'article 458 du Code pénal. L'alinéa 1<sup>er</sup> en devient superfétatoire et il convient d'en faire abstraction.

Le Conseil d'État rappelle encore qu'en règle générale les fonctionnaires de l'État restent liés à vie par la confidentialité des affaires dont ils ont eu connaissance lors de l'exercice de leur activités selon les dispositions de l'article 11 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État. Dans la mesure où le projet de loi n° 6457 modifiant entre autre la loi précitée du 16 avril 1979 prévoit de changer l'orientation qui se dégage de la législation actuelle, le Conseil d'État demande, dans l'intérêt de l'évolution coordonnée de l'ordonnancement juridique, que l'article sous examen soit aligné sur la version des dispositions actuellement inscrites dans le projet de loi n°6457, qui sera finalement retenue par le législateur. Cet alignement est également de mise quant à l'alinéa 3 de l'article sous examen qui aura, à son tour, avantage à être conçu dans la même optique que les dispositions retenues désormais en la matière aux termes du statut général des fonctionnaires de l'État, version à adopter par le législateur sur base du projet de loi précité.

En attendant une réponse appropriée aux questions soulevées ci-avant, le Conseil d'État se demande encore ce qu'il faut entendre par « personnes collaborant avec le SRE » et « personne non qualifiée ». En effet, aux termes de l'article 26 (27 selon le Conseil d'État), il est prévu d'incriminer et de sanctionner sur le plan pénal l'inobservation des interdictions prévues. Il échet dès lors de circonscrire avec la précision requise le cercle des personnes visées et dès lors susceptibles de se voir infliger les peines pénales prévues. Le Conseil d'État reviendra sur la question dans le cadre de l'examen de l'article 26.

#### Articles 22 et 23 (23 et 24 selon le Conseil d'État)

Les articles sous examen prévoient la mise en place d'un contrôle interne spécifique pour le SRE. Le Conseil d'État note une incohérence entre les intitulés des deux articles sous examen qui se réfèrent au « contrôle disciplinaire interne », tandis que les dispositions de ces deux articles visent un « contrôle de fonctionnement interne du SRE ».

Par ailleurs, les arguments avancés pour prévoir un contrôle disciplinaire ont de quoi surprendre. En effet, les auteurs renvoient à un rapport établi en 2013 pour compte de l'Assemblée nationale française aux termes duquel « il est nécessaire que les activités gouvernementales disposent d'un organe d'audit jouissant de solides garanties d'indépendance par rapport aux services » pour justifier la création d'une fonction d'audit disciplinaire interne au SRE, tout en ajoutant, que « la loi précise expressément, que l'auditeur et son adjoint exercent leurs fonctions en toute liberté et indépendance ». Le Conseil d'État n'est nullement persuadé qu'il s'agisse « d'une réponse pertinente à la constatation par la commission

d'enquête parlementaire que les mécanismes de contrôle interne étaient insuffisants et ne répondaient pas à l'objectif inhérent à un contrôle systématique ».

En effet, les dysfonctionnements semblent avoir été possibles à la suite d'un laxisme évident dans l'encadrement des différents services par la direction et l'encadrement de certains agents par leurs supérieurs hiérarchiques. La création d'un contrôle disciplinaire interne sur lequel les supérieurs hiérarchiques à tous échelons peuvent se décharger de leur responsabilité en matière d'encadrement efficace des agents placés sous leurs ordres n'est certainement pas fait pour devenir un garde-fou approprié à l'épreuve de tout dysfonctionnement futur.

Aussi le Conseil d'État propose-t-il de ne pas empêcher les procédures légalement prévues en matière disciplinaire à s'appliquer par la création de toutes sortes de mécanismes de contrôle interne qui en définitive ne feront que déplacer la responsabilité en matière de discipline interne du SRE des supérieurs hiérarchiques vers l'« auditeur disciplinaire ». Il estime qu'il appartient plutôt au directeur du service et à son adjoint de veiller à la discipline à appliquer dans toute l'administration en assurant la surveillance et la motivation des agents de tous les échelons placés sous leurs ordres.

Le Conseil d'État souscrit par contre au principe d'un contrôle du fonctionnement interne du SRE qui n'est pas limité au seul volet disciplinaire. Il se demande toutefois si la fonction d'audit ne devra pas dans cette hypothèse être assumée par le fonctionnaire délégué au SRE ou, plutôt comme préconisé par le Conseil d'État, par la commission administrative par laquelle il a proposé de remplacer ce délégué à l'instar de ce que prévoit la législation belge en la matière.

#### Article 24 et 25 (25 et 26 selon le Conseil d'État)

Comme l'article 24 reproduit textuellement la disposition qui, dans le cadre de la loi du 10 mars 2014 a été nouvellement insérée dans la loi précitée du 15 juin 2004, cet article ne donne pas lieu à observation quant au fonds. Il serait cependant préférable d'écrire « commission de contrôle parlementaire ».

Par contre, l'article 25 réservé au fonctionnement de la commission de contrôle parlementaire n'est inséré que pour mémoire. De cette manière les auteurs du projet gouvernemental entendent renvoyer à la proposition de loi n° 6589B également sous examen qui est censée combler la lacune laissée dans le texte du projet de loi gouvernemental. L'insertion pour mémoire du contenu d'un article dans un projet de loi susceptible d'être soumis au vote de la Chambre des députés méconnaît les articles 65 et 66 de la Constitution qui prévoient que les lois sont subdivisées en articles. Or, cette subdivision serait dépourvue de sens si les articles ne comportaient pas de contenu. Aussi le Conseil d'État devrait-il refuser la dispense du second vote constitutionnel, si la loi était adoptée dans la forme retenue sur ce point par le projet de loi lui soumis.

Le Conseil d'État entend d'emblée rappeler la différence à faire entre le règlement de la Chambre des députés qui « détermine ... le mode suivant

lequel elle exerce ses attributions<sup>27</sup> » et l'article 51(2) de la Constitution en vertu duquel « l'organisation de la Chambre est réglée par la loi ». Dans son avis du 6 juin 2012 (doc. parl. n° 6030<sup>6</sup>) relatif à la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Chambre, le Conseil d'État a souligné la complémentarité des articles 51(2) et 70 (traitant du règlement de la Chambre des députés) de la Chambre en estimant que « les constituants de 1868 semblent avoir voulu distinguer entre les règles de fonctionnement internes de la Chambre qui sont, en principe, réservées au règlement et les question d'organisation de l'institution qui impliquent des relations externes devant faire l'objet d'une loi. A titre d'exemple illustrant cette vision des choses, l'on peut évoquer le droit d'enquête confié à la Chambre qui n'est pas réglé par le règlement mais fait l'objet d'une loi comme impliquant en vue de sa mise en œuvre la coopération avec les autorités judiciaires, voire l'application de règles obligeant des particuliers. La loi règle encore la sécurité sociale des députés et des anciens membres de la Chambre des députés. L'engagement de personnel constitue une autre illustration, alors que les agents travaillant pour compte du Parlement ne font évidemment pas partie de l'institution mais sont à son service et apparaissent dès lors aussi comme des tiers pouvant prétendre à la protection de la loi dans leurs relations de travail avec la Chambre »<sup>28</sup>.

Tous les éléments du contrôle parlementaire du SRE qui ne se limitent pas aux modalités et procédures internes de la Chambre, y compris celles relatives à la commission de contrôle parlementaire du Service de renseignement de l'État, à reprendre dans son règlement, auront dans cet ordre d'idées leur place dans la loi du projet.

Les dispositions de la proposition de loi n° 6589B, qui ont pour objet de remplacer par un nouveau texte l'article 15 de la loi précitée du 15 juin 2004 ainsi que d'ajouter un nouvel article 15*bis*, et qui selon les auteurs du projet de loi n° 6675 sont censées faire l'objet de l'article 25 (26 selon le Conseil d'État), devront être réexaminées dans le sens susmentionné. Selon le Conseil d'État celles formant les points 1), 4), 5) 6), alinéa 2, 8) et 9) de l'article 15 de la proposition de loi devront être reprises dans le règlement de la Chambre des députés. Le contenu de l'article 25 sous examen se limiterait de la façon aux autres éléments sous a) et b) de cette proposition. Il conviendra de reprendre sur le métier l'article sous examen ainsi que la partie de la proposition de loi qui s'y rattache. En attendant le Conseil d'État se dispense de l'examen des dispositions sujettes à modification.

#### Article 26 (27 selon le Conseil d'État)

L'article 16 de la loi actuelle portant organisation du Service de Renseignement sanctionne pénalement celui qui « aura sciemment et en connaissance de cause communiqué, à toute personne non qualifiée pour en prendre connaissance, des renseignements ou des faits de caractère secret relatifs au fonctionnement et aux activités du Service » et « toute personne qui, non qualifiée pour en prendre connaissance, se sera procuré ces mêmes renseignements ».

---

<sup>27</sup> Constitution ; article 70

<sup>28</sup> Avis du Conseil d'État du 6 juin 2012 (doc. parl. n° 6030<sup>6</sup>), pages 69 et 70



L'article 26 sous examen remplace cette disposition par un mécanisme nouveau qui se caractérise par une extension des incriminations dans le souci de renforcer la protection du secret couvrant les activités du service.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> vise au point a) les membres du service ou « toute autre personne collaborant » avec celui-ci : Le Conseil d'État rappelle qu'il propose de remplacer le terme de « membre du service » par celui d'« agent ». Comme il l'a déjà relevé à l'article 21 (22 selon le Conseil d'État), il s'interroge sur la portée de la notion de « toute autre personne collaborant », qui apparaît, pour la première fois dans le texte de la loi sous avis. S'agit-il des « sources humaines » au sens de l'article 6 ou des personnes physiques externes ou informateurs visées à l'article 9 ? Faut-il faire une différence entre l'hypothèse d'un informateur indemnisé au sens de l'article 9, paragraphe 2, alinéa 2 et celui qui ne l'est pas. Quid d'une personne sollicitée et à laquelle l'agent du service s'est forcément révélé et qui, réflexion, faite refuse de devenir une source ou un informateur ? S'exposera-t-elle à des sanctions si elle révèle la sollicitation alors qu'elle considère agir au titre de la liberté d'expression inscrite dans la Constitution ? Au niveau de la détermination du champ d'application personnel, le texte sous examen pose de sérieux problèmes au regard de l'exigence de précision inhérente au droit pénal.

Est sanctionné le fait de révéler des secrets à une personne « non qualifiée ». Le Conseil d'État se rend compte que cette formule figure dans la loi actuelle. Il n'en reste pas moins qu'elle suscite les mêmes critiques en relation avec l'absence de définition juridique du terme « qualifié ». Le Conseil d'État imagine la révélation de tels secrets à un journaliste qui les publierait dans la presse. Le journaliste serait couvert par le principe de la liberté de la presse ; il pourrait également invoquer le secret des sources. L'auteur de la révélation, à supposer qu'il soit découvert par d'autres moyens, pourrait-il être pénalement poursuivi ?

L'acte incriminé consiste dans la communication de l'identité d'un agent du service, d'une source humaine, de renseignements, de pièces classifiées ou de faits à caractère secret. Si le début de l'énumération présente l'avantage d'apporter des précisions utiles au texte de l'article 16 de la loi actuelle, les auteurs du projet de loi ont estimé nécessaire de garder la formule passe-partout des « faits de caractère secret » notion, qui n'est pas définie dans le projet de loi. Le renvoi à l'article 3 n'est pas de nature à donner une réponse satisfaisante, alors que ce texte définit les missions du service en relation avec les menaces pour la sécurité du Luxembourg.

Le point b) vise les personnes tierces, c'est-à-dire celles qui ne sont ni agents ni collaborateurs du SRE. L'imprécision du concept de « personne collaborant avec le SRE » se répercute évidemment sur la détermination du groupe des tiers. Le fait incriminé comporte deux actes successifs, l'obtention frauduleuse de renseignements et la communication de celles-ci à une personne non qualifiée. Le Conseil d'État s'interroge sur l'utilisation du terme « moyen frauduleux ». Les auteurs entendent-ils renvoyer au vol défini comme une soustraction frauduleuse ou aux manœuvres frauduleuses de l'escroquerie ? Est-ce que le moyen frauduleux doit se vérifier dans le chef du révélateur ou peut-il se limiter à la personne qui se procure les renseignements et qui les communique au révélateur ? Quid si ce dernier obtient les renseignements de manière anonyme ou les trouve, le cas

échéant, de manière fortuite ? Quelle est la différence entre la condition de l'obtention frauduleuse et le dol général consistant dans la connaissance de l'illégalité de l'acte commis.

Au niveau de la communication, se pose, une nouvelle fois, la question de la signification de la notion de personne non qualifiée et de la notion de faits à caractère secret.

Le point c) incrimine le fait pour un agent du service et une personne collaborant avec ce dernier d'exploiter, à la fin de son engagement, les informations dont ils ont pris connaissance à des fins lucratives. La disposition semble inspirée de l'article 309 du Code pénal, qui est destiné à protéger une entreprise industrielle ou commerciale contre la concurrence déloyale d'anciens collaborateurs utilisant indûment des secrets d'affaires. Cette mise en parallèle est plus que problématique, alors que le secret d'affaires d'une entreprise commerciale peut difficilement être comparé au secret d'un service de renseignement. Le texte pose deux conditions, l'agent ou la personne ayant collaboré avec le service doit exercer une activité professionnelle analogue ou identique à celle du service et exploiter, à cet effet, des secrets dont elle est porteur. Le Conseil d'État a du mal à envisager des activités professionnelles d'une entreprise privée analogues voire identiques aux missions publiques du SRE. Serait-il dans l'esprit des auteurs question d'activités commerciales de renseignement exercées à des fins lucratives ? Est-ce que plus précisément il s'agit d'un engagement dans des services de sécurité d'opérateurs économiques et financiers privés ou des entreprises de « détective privé » ? Se pose également la question de la portée des termes « exploite les contacts et informations ». Cette formule est moins précise que celle de l'article 309 du Code pénal, qui porte sur la divulgation ou l'utilisation de secrets d'affaires. Alors que les points a) et b) visent les « faits à caractère secret », le point c) retient la notion d'« informations secrètes par leur nature ». Y aurait-il une différence entre des faits à caractère secret et des informations secrètes par leur nature ? Quelle est la portée de la formule « informations ... collectées dans le cadre de son activité au sein du SRE » ? Est-ce que les auteurs entendent élargir le champ du secret à des données collectées par l'agent ou le collaborateur, à l'occasion de ses activités, sans qu'il s'agisse d'informations continuées au service et traitées par ce dernier ?

Pour l'ensemble des considérations exposées ci-dessus, le Conseil d'État considère que le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article sous examen ne répond pas à l'exigence de précision requise pour la détermination d'une infraction pénale au sens de l'article 14 de la Constitution et s'y oppose formellement.

Le paragraphe 2 est inspiré de l'article 458-1 du Code pénal sur la révélation de l'identité d'un officier de police judiciaire ou d'un agent étranger ayant effectué une infiltration. Le texte sous examen se réfère expressément aux méthodes prévues à l'article 9, paragraphe 4. Le Conseil d'État renvoie à ses observations relatives à cette disposition.

#### Articles 27 et 28 (28 et 29 selon le Conseil d'État)

En principe, ces deux articles ne donnent pas lieu à observation, sauf que le Conseil d'État fait remarquer que dans la mesure où le paquet législatif relatif à la réforme en cours de la fonction publique, aura des

incidences sur les dispositions sous examen. Dans ces conditions, il faudra aligner les textes dans les formes imposées par la chronologie de l'adoption des lois en projet.

#### Articles 29 à 32 (30 à 33 selon le Conseil d'État)

Au regard de l'adaptation dynamique des références à des textes normatifs abrogés qui sont inscrites dans d'autres lois, il est *a priori* superfétatoire d'insérer des dispositions du genre de celles reprises dans les articles 30 et 31 dans la loi en projet. Du moment qu'il est opté pour cette technique en matière de dispositions modificatives, il échet d'appliquer celle-ci de manière systématique pour l'ensemble des références à changer dans d'autres textes de loi. En tout état de cause, les modifications en question doivent être expresses et précises et il faut éviter des formules, telles que celle prévue à l'article 32, en vertu de laquelle « Chaque fois que référence est faite aux articles 88-3 et 88-4 du Code d'instruction criminelle, il y a lieu de remplacer cette mention par une référence à l'article 10 de la loi ... ». Il appartiendra à la Chambre des députés d'opter pour l'une des deux approches évoquées, à appliquer de manière générale à travers tout le texte légal.

Le cas échéant, il conviendra encore d'adapter les références aux articles pertinents de la loi sous objet.

Il faudra aussi veiller à reprendre les modifications apportées à d'autres lois dans l'ordre chronologique de leur adoption en commençant par le Code d'instruction criminelle.

#### Article 33 (article 34 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État rappelle son observation faite à l'endroit de l'examen de l'article 10 (12 selon le Conseil d'État) du projet de loi sous avis en ce qui concerne l'alignement de l'article 88-2 du Code d'instruction criminelle au sujet du repérage des communications dans le cadre d'enquêtes relevant du droit commun.

#### Articles 34 et 35 (35 et 36 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État renvoie à ses observations relatives aux articles 29 à 32.

#### Article 36 (37 selon le Conseil d'État)

Sans observation.

#### Article 38 (nouveau selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État renvoie à son observation à l'endroit de l'intitulé et propose d'insérer un article nouveau comportant la formule abrégée, selon laquelle la loi en projet pourra être citée dans d'autres textes normatifs.

Cet article pourra revêtir la forme suivante :  
« **Art. 38. Intitulé abrégé**

La référence à la présente loi peut se faire sous forme abrégée, recourant au libellé suivant : « loi du jj.mm.aaaa. portant réorganisation du Service de renseignement de l'État ». »

Article 37 (39 selon le Conseil d'État)

En vertu de l'article 2 de l'arrêté royal grand-ducal modifié du 22 octobre 1842 réglant le mode de publication des lois, « Les actes législatifs seront obligatoires dans toute l'étendue du Grand-Duché quatre jours après leur publication au mémorial à moins qu'ils n'aient fixé un délai plus court ou plus long ».

Il n'y a dès lors pas d'incohérence entre le texte sous examen et les dispositions modifiées de 1842.

Toutefois, le Conseil d'État se permet d'attirer l'attention sur la possibilité de voir le délai d'entrée en vigueur de la loi en projet être raccourci par rapport au délai usuel de quatre jours après la publication au Mémorial au cas où cette publication intervient au cours des trois derniers jours d'un mois de calendrier. Il se demande si, dans ces conditions, il ne serait pas plus indiqué, soit de se tenir au délai de l'arrêté grand-ducal précité du 22 octobre 1842, soit de fixer le délai de mise en vigueur à prévoir « au premier jour du deuxième (ou du troisième) mois qui suit [la publication de la loi] au Mémorial ».

Ainsi délibéré en séance plénière, le 19 décembre 2014.

Le Secrétaire général

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen